

أثر الاستمتاع في الحج

بقلم

جار الله بن عبد الرحمن بن سليمان الخطيب
قاضي المحكمة العامة ببني عمرو

١٤٢٥هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضل له ، ومن يضلل فلا هادي له ، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، وأن محمداً عبده ورسوله ، بلغ الرسالة وأدى الأمانة ، ونصح الأمة فما من خير إلا دلها عليه ، وما من شر إلا حذرنا منه ، صلى الله عليه وآله وصحبه وسلم .
قال الله تعالى : { يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون }^(١).

وقال سبحانه : { يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالاً كثيراً ونساءً واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام إن الله كان عليكم رقيباً }^(٢)
وقال عز وجل : { يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وقولوا قولاً سديداً . يصلح لكم أعمالكم ويغفر لكم ذنوبكم ومن يطع الله ورسوله فقد فاز فوزاً عظيماً }^(٣)

(١) الآية رقم : ١٠٢ من سورة آل عمران .
(٢) الآية رقم : ١ من سورة النساء .
(٣) الآية رقم : ٧٠ - ٧١ من سورة الأحزاب .

أما بعد : فإن خير ما أنفقت فيه الأوقات طلب العلم الشرعي ؛ لأنه وسيلة لتحقيق العبودية لله ونيل مرضاته ، والفوز بدرجاته ، كما أنه من أفضل قرباته ، حيث أمرنا في محكم آياته ، أن نسأله مزيد العلم وموجباته ، فقال الله تعالى : { وقل رب زدني علماً }^(١).

وجعله على الإرادة الشرعية علامة ، فهو من أبرز علاماته ، فقال عليه الصلاة والسلام : (من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين)^(٢) .
هذا الحديث إحدى الدلالات على أن من إرادة الله بعبده الخير فقهه في الدين ، والفقه في الدين مراتب منها :-

الأولى : فقه العامة ، وهو أن يعرف مايلزمه من أوامر الله ، ونواهيه .
الثانية : أن يعلم أحد الفنون ، كالعقيدة ، أو فقه الفروع فقط ، أو بعض ذلك .

الثالثة : أن يعلم أصول الشريعة ، وجملة فروعها ، فهذا هو الذي أراد الله به خيراً ، وهذا الحديث مع صدق خبره ، فيه معنى الندب والترغيب في طلب فقه الدين ، وأسعد الناس في هذا الحديث هم العلماء ، وهم من صنفهم في المرتبة الثالثة .

(١) الآية رقم ١١٤ من سورة طه .

(٢) رواه محمد بن إسماعيل البخاري في صحيحه ، في كتاب العلم ، باب من يرد الله به خيراً ، ج ١ / ٩٣ ، الطبعة الثالثة بدار ابن كثير ١٤٠٧ هـ .

قال الحافظ ابن حجر العسقلاني رحمه الله ^(١): [وفي ذلك بيان ظاهر لفضل العلماء على سائر الناس ، ولفضل التفقه في الدين على سائر العلوم .] ^(٢)

ثم إنني أحمد الله على توفيقه لي في بحث هذا الموضوع وهو الاستمتاع وأثره في الحج ، حيث يمس حاجة الحاج كل سنة ، وكانت رغبتني أن أكتب في باب الحج وخاصة أحكام الاستمتاع وما يتعلق بها ، ولعل طالب الفقه يجد بعض ما يود معرفته عن الحج في هذا البحث ، والله أسأل أن يجعله خالصاً لوجهه الكريم ، لا رياء ، ولا سمعة ، وأن ينفعني به في الدنيا والآخرة .

(١) هو الحافظ الشهير أحمد بن علي بن محمد أبو الفضل الكناني العسقلاني ، القاهري الشافعي المعروف بابن حجر ، وهو لقب لبعض آبائه ، الإمام المنفرد بمعرفة الحديث وعلله في الأزمنة المتأخرة ، من تصانيفه المشهورة فتح الباري شرح صحيح البخاري ، له شعر جميل ، ولد بمصر ٧٧٣ وتوفي بها ٨٥٢ رحمه الله .

أنظر تفصيل ترجمة الحافظ في البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع للشوكاني ٦١/١ الطبعة الأولى لدار الكتب العلمية ١٤١٨ هـ .

(٢) فتح الباري ١ / ١٦٥ طبعة دار المعرفة ١٣٧٩ هـ تحقيق العلامة ابن باز رحمه الله .

يسر الشريعة الاسلامية وسماحتها :-

تكاليف الشريعة الاسلامية ، العملية ، والاعتقادية ، كلها مبنية على تحقيق المصلحة لعباد الله ، ولأجل تحقيق المصلحة ، العاجلة والآجلة ، كان لابد من تيسير وسائل الوصول إليها ، وذلك بتيسير التكاليف كمّاً وكيفاً .

وإذا نظرنا إلى نوع التكاليف ، وكيفيتها ، وشروط تحقيقها ، وما يلزم لقيامها ، وجدنا أنها أيسر شريعة نزلت من السماء إلى الأرض ، حيث أن جميع التكاليف لا يقصد بها إيقاع المشقة ، بل تجنبها ، مهما كان نوع العبادة ، قال الله تعالى { يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ... } (١)

قال الحافظ ابن كثير رحمه الله (٢) : [أي : إنما رخص لكم في الفطر في حال المرض ، وفي السفر ، مع تحتمه في حق المقيم الصحيح ، تيسيراً عليكم ، ورحمة بكم .] (٣)

(١) سورة البقرة آية رقم ١٨٥ .

(٢) هو الحافظ عماد الدين إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي الشافعي ، ولد بقرية من أعمال مدينة بصرى سنة ٧٠١ ثم انتقل إلى دمشق وأخذ عن علماءها ، ولازم شيخ الإسلام ابن تيمية وانتفع به ، وأحبه حباً عظيماً ، ألف تفسير القرآن العظيم ، قال عنه الشوكاني: هو من أحسن التفاسير إن لم يكن أحسنها . توفي سنة ٧٧٤ هـ .

ترجمته في البدر الطالع ١ / ١٠٢ الطبعة الأولى بدار الكتب العلمية ١٤١٨ هـ .

(٣) تفسير القرآن العظيم ١ / ٢٢٢ ، ط الخامسة بدار المعرفة ١٤١٢ هـ .

أهمية الموضوع :-

و أما من حيث أهميته ، فالكل يعلم أنه يتحدث عن أحكام الركن الخامس من أركان الإسلام ، والشعيرة العظيمة من شعائر الله ، وهو الحج مؤتمر الأمة الإسلامية ومجمع أفئدتها ، كما يتعلق بما يقرب من ربع سكان العالم ^(١) ، ولا يخفى أن الأهمية قد تكون السبب في اختيار البحث ، وقد تكون جزء السبب كما هو الحال هنا ، أيضاً من الأسباب في اختيار الموضوع ، كثرة أسئلة الناس كل عام مع اختلاف صورها ؛ لقلّة معرفتهم بمثل هذه الأحكام ، فجاء موضوع البحث طلبة الطلبة ، والله الحمد ، وأسأل الله أن ينفعني بما كتبت ، وأن ينفع به من قرأه ، وأن يجعله خالصاً ، لوجهه الكريم ، لارياء ، ولا سمعة ، إنه سميع عليم .



(١) راجع إن شئت جغرافية العالم الإسلامي ١ / ٢٠٨ للدكتور طه عبد العليم رضوان .

المذبح ————— ج. :-

وأما من حيث منهجي في البحث فأوضحه في ثلاثة أمور :-

الأول : منهجي في كتابة الموضوع على النقاط التالية :-

- ١- الاستقراء حسب الإمكان لمصادر الموضوع .
- ٢- الاعتماد على المصادر الأصلية .
- ٣- التمهيد بإختصار لكل مسألة تحتاج إلى توضيح .
- ٤- التعريفات تشمل المعنى اللغوي والاصطلاحي والمناسبة بينهما .
- ٥- أذكر أقوال أهل العلم مع الأدلة ، ثم أقوم بالترجيح مع ذكر السبب .

الثاني : منهج التعليق والتهميش :-

- ١- أبين أرقام الآيات وأعزوها لسورها .
- ٢- أبين من أخرج الحديث والأثر بلفظه الوارد في البحث .
- ٣- أحيل على مصدر الحديث أو الأثر بلفظه الوارد في البحث بذكر الكتاب والباب .
- ٤- إذا كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما أكتفيت بتخرجه منهما أو من أحدهما .
- ٥- أبين غريب الألفاظ ، والمعنى الاصطلاحي لبعض الأسماء .

٦- أوثق النقول من مصادرها الأصلية والمعتمدة ، إلا أن يكون أصلياً
في الموضوع .

٧- الترجمة لعلماء المذاهب الأربعة ، حسب الوقت .

الثالث : ما يتعلق بالناحية الشكلية والتنظيمية ولغة الكتابة : -

١- أقوم بضبط الألفاظ الغامضة .

٢- الاعتناء بالناحية اللغوية ، والإملائية ، والنحوية .

٣- مراعاة علامات الترقيم .

٤- الاهتمام بانتقاء حرف الطباعة في العناوين، وصلب الموضوع،
والهوامش .

٥- التدليل بوضع علامة عند انتهاء كل مبحث ، أو مطلب ، أو
مسألة .

٦- الآيات القرآنية ، والأحاديث ، والآثار ، توضع بين أقواس ذات
أشكال متغايرة .

٧- الكلام الذي لا يوثق هو من عندي .



وأما من حيث الخطة فهي كما يلي :-
البحث إلى خمسة فصول قبلها مقدمة وتمهيد ، وبعدها خاتمة
وفهارس ، وهي كالآتي :-

المقدمة : وفيها بيان أهمية الموضوع وسبب اختياره .
التمهيد : في شرح عنوان البحث وتعريف الموضوع .

الفصل الأول

في أثر الاستمتاع ، وفيه مبحثان .
المبحث الأول : في أثر الوطء على الإحرام .
المبحث الثاني : في أثر الوطء في الدبر واللواط ووطء البهيمة .

الفصل الثاني

في أثر الاستمتاع قبل التحلل الأول
وفيه ثلاثة مباحث .
المبحث الأول : في أثر الوطء فيما دون الفرج وفيه مطلبان
المطلب الأول : أثر الوطء إذا لم يُتزل .

المطلب الثاني : أثر الوطء إذا أنزل .

المبحث الثاني : في أثر المباشرة بدون وطء .

المبحث الثالث : في أثر الوطء قبل التحلل الأول .

الفصل الثالث

في أثر الاستمتاع بعد التحلل الأول وفيه مبحثان .

المبحث الأول : في أثر الوطء فيما دون الفرج .

المبحث الثاني : في أثر الوطء بعد التحلل الأول وقبل الثاني

الفصل الرابع

في أثر الاستمتاع مع الإكراه وعدمه وفيه أربعة مباحث .

المبحث الأول : أثر الوطء في حج المرأة إذا طأعت .

المبحث الثاني : أثر الوطء في حج المرأة إذا أُكْرِهَتْ .

المبحث الثالث : في أثر خروج المذي أو المني بتكرار

النظر أو بنظرة واحدة .

وفيه مطلبان .

المطلب الأول : في أثر خروج المذي .
المطلب الثاني : في أثر خروج المني بتكرار النظر أو
بنظرة واحدة .

المبحث الرابع : في أثر وطء الجاهل والناسي .

الفصل الخامس

في كفارة الاستمتاع وفيه ثلاثة مباحث .
المبحث الأول : في قدر الكفارة .
المبحث الثاني : في أجزاء كفارة واحدة عنهما .
المبحث الثالث : في وقت نحر هدي الفساد .

الخاتمة : وفيها تلخيص العمل في الموضوع .

المراجع .

الفهارس .

ومما ينبغي أن يذكر في المنهج الذي سلكته ، أنه إذا تكرر النقل من مصدر واحد في نفس الصفحة ، جعلت له رقماً واحداً ، حتى لا يتشوّه البحث بكثرة الحواشي ، والله الموفق وصلى الله على نبينا محمد ، وآله وصحبه وسلم .

كتبه أبو عبد الرحمن
جار الله بن عبد الرحمن الخطيب



تمهيد :-

في هذا المقام يحسن أن نمهد قبل الدخول في موضوع البحث ،
وذلك من خلال شرح عنوان البحث ، وتعريف الاستمتاع لغة
واصطلاحاً .

أولاً : شرح عنوان البحث :-

كلمة الأثر : المقصود الحكم المترتب على الاستمتاع ، من حيث نوعه
وزمانه ومكانه .

وأما كونه في الحجج : فالمقصود اخراج أثره في غير الحجج ، ولم نقل
بالإحرام ؛ لأنه قد لا يؤثر في وجوب النسك .

وأما كلمة الاستمتاع ، فهي بمعنى : التمتع ، وقدمت هذا اللفظ على
لفظ الوطء؛ لكونه أشمل ، والوطء نوع من الاستمتاع ، حيث أنه
جنس يدخل تحته أنواع ، منها الاستمتاع بالوطء دون الفرج ،
وبالنظر ، وبالحس واللمس .



ثانياً : تعريف الاستمتاع لغة :-

أصل التمتع المنفعة ، يقال : لئن اشتريت هذا الغلام لَتَمَتَّعَنَّ منه بـغلام صالح ، أي : لتنتفعن به ... وقوله تعالى : {فما استمتعتم به منهن .. }^(١)

أي : انتفعتن به من وطئنهن ...^(٢)

والمُتاع : المنفعة ، والسلعة ، والأداة ، وما تمتعت به من الحوائج ... والمتعة بالضم والكسر : اسم للتمتع كالمُتاع ، وأن تتزوج امرأةً تتمتع بها أياماً ، ثم تحلي سبيلها ...^(٣)

(١) سورة النساء آية ٢٤ .

(٢) النظم المستعذب ج ١/١٨٢ .

(٣) القاموس المحيط ص ٩٨٥ .

ثالثاً : تعريف الاستمتاع في الاصطلاح :-

١- إذا كان دون الفرج .

أ- التلذذ الجنسي بغير جماع ، أنزل المني أو لم يتزل .^(١)

مناقشة التعريف :-

التعريف فيه شئ من التكرار المعنوي ، حيث لا حاجة لقوله :
الجنسي ؛ لأن جنس التلذذ ينفصل عن غيره ويتحدد بقوله : بغير
جماع ، ثم إن التعريف غير مانع ، حيث يدخل فيه غير المحرم ، فيجب
أن يضاف فصل ، فيقال : من محرم .

ب- والأولى أن يقال : تلذذ المحرم بجنسه ، أو بغيره ، من غير جماع
مطلقاً .

٢- إذا كان في الفرج .

هو تلذذ المحرم بجنسه أو بغيره ، بجماع مطلقاً .

التعريف الشامل :-

هو التلذذ من محرم بجنسه^(٢) أو بغيره ، بجماع أو ما دونه مطلقاً .

(١) موسوعة الثوري ص ١٥٠ .

(٢) هذا التعريف من حيث الواقع من المحرم ، لا من حيث الاعتبار الشرعي والفطري فلا يرد وجوب
إطلاق الشذوذ به على الفعل أو التمتع بالجنس .

شرح التعريف :-

قولنا : التلذذ : يخرج اللمس العادي - بدون شهوة - كقبلة للرحمة .

قولنا : من محرم : يخرج غير المحرم .

قولنا : بجنسه : أي بالذكر من ذكر ، أو من أنثى أو العكس .

قولنا : أو بغيره : يعني كالحيوان .

قولنا: أو ما دونه : كالاستمتاع فيما دون الفرج ، والقبلة واللمس
لشهوة ، ونظر .

قولنا : مطلقاً : أي أنزل أو لم يتزل ، علم أو لم يعلم ، مكرهاً ، أو
طائعاً .



رابعاً : تعريف الحج لغة واصطلاحاً :-

الحج لغة : القصد ، والكف ، والقدوم ... وقصد مكة للنسك .^(١)

الحج اصطلاحاً :-

تعريف الحنفية : [هو زيارة بقاع مخصوصة ، بفعل مخصوص ، في أشهره] .^(٢)

تعريف المالكية : [وقوف بعرفة ليلة عاشر ذي الحجة ، وطواف بالبيت سبعاً ، وسعي بين الصفا والمروة ، كذلك على وجه مخصوص] .^(٣)
تعريف الشافعية : [قصد الكعبة للنسك] .^(٤)

تعريف الحنابلة : [قصد مكة للنسك ، في زمن مخصوص] .^(٥)
قلت : التعاريف متقاربة ، ووجه التقارب يظهر بقولهم : [فعل مخصوص ، وجه مخصوص] ، وفي قولهم : [زمن مخصوص ، في أشهره] .
والملاحظ على تعريف الحنفية قولهم : [بقاع مخصوصة] فيمكن أن يعرف بأظهر من هذا اللفظ ، وأقرب للمعنى المقصود ، والأصل في التعاريف أن تكون في أظهر لفظ وأقربه ، مثل : مكه ، المشاعر .

(١) القاموس المحيط فصل الحاء . ص ٢٣٤ .

(٢) مراقبي الفلاح شرح نور الإيضاح لحسن بن عمار الشرنبلالي ، مع حاشية الطحاوي ،

ص ٧٢٦ ، الطبعة الأولى بدار الكتب العلمية ١٤١٨ هـ .

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لمحمد بن عرفة الدسوقي ج ٢/٢ ، طبع دار احياء الكتب العربية .

(٤) شرح المنهج مع حاشية الجمل لذكريا بن محمد الأنصاري ج ٤/٤ ، الطبعة الأولى بدار الكتب العلمية ١٤١٧ هـ .

(٥) كشاف القناع عن متن الاقتاع لمنصور بن يونس البهوتي ج ٤٣٦/٢ ، الطبعة الأولى بدار الكتب العلمية ١٤١٨ هـ .

كما أن قولهم: [بفعل مخصوص] يمكن أن يستبدل بأوضح منه ، وأقرب الى المعنى المقصود ، مثل : النسك .

والملاحظ على تعريف المالكية : أنه كالشرح ، فهو أقرب الى الشرح منه الى التعريف ، فيكون تفصيلاً لما يفعله الحاج ، وهذا خلاف القاعدة في التعاريف ، والقاعدة فيها : تعريف المراد بأخصر عبارة دون الإخلال بالمعنى .

والملاحظ على تعريف الشافعية في قولهم: [قصد الكعبة] أنهم قصرُوا الحج على قصد الكعبة فقط ، وهذا قصور في التعريف حسب ظاهره ، فيكون غير جامع .

والحاج يقصد الكعبة وغيرها من المشاعر كعرفة ومنى ، كما هو معلوم لدى الجميع .

ويدخل في التعريف : العمرة المنفردة ؛ لأن المعتمر يقصد الكعبة للنسك، فيكون التعريف غير مانع .

وتعريف الشافعية يتميز على التعريفين السابقين له بقولهم : [للنسك]، حيث أنه جنس يشمل جميع ما يفعله الحاج من الانساك .

والملاحظ على تعريف الحنابلة : قولهم : [في زمن مخصوص] يمكن أن تستبدل بأقرب منها للذهن مثل : أشهره ، كما عبر الحنفية .

ويتميز تعريف الحنابلة عن بقية التعاريف : بأنه أوضح وأدق لما يلي:-

١ - استبدل كلمة: بقاع، وكلمة: الكعبة، بقوله: مكة ؛ لأنها تشمل المشاعر.

٢ - واستبدل كلمة : فعل مخصوص ، بقوله : النسك ؛ لأنه أخص ، ولأنه جنس يشمل جميع افعال الحاج ، من الإحرام حتى التحلل الثاني .

التعريف المختار : قصد المشاعر، لأداء النسك ، في أشهره .
قولنا : قصد المشاعر : تدخل فيه جميع امكنه المشاعر، كالمسجد الحرام ، وعرفة، ومزدلفة .

قولنا : لأداء النسك : يشمل جميع افعال الحج ، من الإحرام في الميقات الى التحلل الثاني ، كما يشمل جميع أنواع النسك، مثل : التمتع ، والقران ، والإفراد .

قولنا : في أشهره : إحتراز من الإحرام في غير أشهره ، فإن الإحرام في غير أشهر الحج ليس حجاً ، فالمخالفة في الزمان كالمخالفة في المكان ، كما لو قصد غير المشاعر .

المناسبة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي: المناسبة ظاهرة ، فكلاهما عرف الحج بأنه القصد .



الفصل الأول

في أثر الاستمتاع وفيه مبحثان

١ - المبحث الأول : في أثر الوطء على الإحرام .

٢ - المبحث الثاني : في أثر الوطء في الدبر واللواط ووطء البهيمة .

المبحث الأول : في أثر الوطء على الإحرام .

يحرم على المحرم الوطء لقوله تعالى { فمن فرض فيهن الحج فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج ... } الآية ^(١) .
وقد اختلف العلماء في معنى الرفث وفي إفساده للحج على قولين :-

القول الأول :-

ذهب إليه جمهور المفسرين - إلا الشوكاني - وهو أن الرفث : الجماع ، وإلى أنه : يفسد به النسك ، وأخرج ابن جرير رحمه الله عن ابن عباس رضي الله عنهما - أن الرفث الجماع ، من طريق عاصم الأحول عن بكر بن عبد الله عن ابن عباس قال : الرفث الجماع ، ولكن الله كريم يكتفي عما يشاء .

ورواه أيضا عن ابن عمر رضي الله عنهما ، وعن عطاء وعمرو بن دينار والنخعي والربيع والضحاك وابن زيد . وسنده إلى ابن عباس سند صحيح . ^(٢)

وأخرج هذا التفسير عن ابن عباس الحافظ أبو يعلى الموصلي رحمه الله في مسنده ، ولكن من طريق خصيف بن عبد الرحمن الجزري ،

(١) سورة البقرة آية ١٩٧ .

(٢) جامع البيان ج ٢٧٦/٢ فما بعدها .

وهذا الرجل ضعفه الإمام أحمد رحمه الله وأبو حاتم والنسائي ، ووثقه ابن معين وابن سعد .^(١)

وأخرج هذا التفسير عن ابن عمر رضي الله عنهما سعيد بن منصور رحمه الله في سننه ، ولكن من طريق إسماعيل بن عياش رحمه الله ، عن موسى بن عقبة ، وهو مدني ، ورواية إسماعيل عن غير أهل الشام ضعيفة ، ولكن صح من طرق أخرى .^(٢)

وأخرجه الحاكم عنه أيضاً ، وقال : هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه . ا هـ .^(٣)

ولكن فيه محمد بن إسحاق رحمه الله وقد عنعنه .

قال القرطبي رحمه الله : قال ابن عباس وابن جبير والسدي وقتادة والحسن وعكرمة والزهري ومجاهد ومالك : الرث الجماعة . أي : فلا جماع ؛ لأنه يفسده .^(٤)

وقال ابن المنذر رحمه الله : وأجمعوا على أن المحرم ممنوع من الجماع .^(٥)

(١) مسند أبي يعلى ج ٩٩/٥ ، والتهذيب ج ٨٧/٢ .

(٢) سنن سعيد ج ٨٠٣/٣ ، والتهذيب ج ٢٠٤/١ .

(٣) المستدرک للحاکم ج ٣٠٤/٢ .

(٤) الجامع لأحكام القرآن ج ٤٠٧/٢ .

(٥) الإجماع لابن المنذر ص ٥٥ .

واستدلوا على فساد الإحرام بالأثر والنظر :-

أما الأثر فمنه ما رواه أبو داود في المراسيل والبيهقي في سننه كلاهما من طريق يزيد بن نعيم ، أن رجلاً من جذام جامع امرأته وهما محرمان فسأل الرجل رسول الله ﷺ فقال لهما : اقضيا نسككما واهديا ، ثم ارجعا حتى إذا جئتما المكان الذي أصبتما فيه ما أصبتما فتفرقا ، ولا يرى واحد منكما صاحبه ، وعليكما حجة أخرى ، فتقبلان حتى إذا كنتما بالمكان الذي أصبتما فيه ما أصبتما فاحرما وأتما نسككما واهديا .

قال البيهقي^(١) : هذا منقطع وهو يزيد بن نعيم الأسلمي بلا شك .

قال المارديني : قلت أخرجه من طريق أبي داود وفيه الأمر بالتفرق في الرجوع وفي العود ، والذي في كتاب المراسيل لأبي داود على الشك ، ونصه مخالف لما ذكره البيهقي ، إنما فيه الأمر بالتفرق في الرجوع لا في العودة ، ثم إن زيد بن نعيم مجهول ، ويزيد بن نعيم ثقة معروف ، والأمر قد دار بينهما ، وهذا يضعف الحديث ، ولا أدري من أين للبيهقي أنه يزيد ، بلا شك .^(٢)

(١) هو أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي ، الحافظ الفقيه الأصولي الزاهد الورع صاحب السنن ولد ببيهق ٣٨٤ أخذ علم الحديث عن الحاكم ، كان كثير التحقيق والانصاف ، قال إمام الحرمين : مامن شافعي إلا وللشافعي في عنقه منة إلا البيهقي فإن له المنة على الشافعي نفسه ، وعلى كل شافعي ... توفي ٤٥٨ . طبقات الشافعية للأسنوي ٩٨ / ١

(٢) السنن الكبرى للبيهقي ج ١٦٧/٥ . والمراسيل ص ١٤٧ .

وفي الموطأ أن مالكا بلغه أن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وأبا هريرة رضي الله عنهم سئلوا عن رجل أصاب أهله وهو محرم بالحج فقالوا : ينفذان - يمضيان - لوجههما حتى يقضيا حجهما ، ثم عليهما حج قابل والهدي . قال علي بن أبي طالب : وإذا أهلا بالحج من عام قابل تفرقا حتى يقضيا حجهما .^(١)

وأما النظر فقال شيخ الإسلام رحمه الله^(٢) : وذلك لأن الله أمر بإتمام الحج والعمرة ، فيجب عليهما المضي فيه امتثالاً لما أوجبه هذه الآية ، وعليهما القضاء ؛ لأنهما التزما حجة صحيحة ، ولم يوفيا ما التزمه ؛ فوجب عليهما الإتيان بما التزمه أولاً ، ووجب الهدي ؛ لأن كل من

(١) شرح الموطأ للزرقاني ج ٢/ ٤٣٩ .

(٢) هو أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ، الشيخ ، الإمام ، المحقق ، الحافظ ، المحدث ، المفسر ، الفقيه ، الأصولي ، مفتي الفرق ، شيخ الإسلام ، قدوة الأنام ، علامة الزمان ، المجتهد المطلق ، قانع البدعة ، ومحبي السنة ، فخر العلماء والمذاهب ، إمام العلوم النقلية والعقلية ، مجدد القرن الثامن ، ولد يوم الاثنين ١٠ / ٣ / ٦٦١ هـ بخران ، ثم قدم دمشق ، صنف أعظم الكتب في الأديان والمذاهب ، ومنها : درء تعارض العقل والنقل ، الجواب الصحيح لمن بدل دين المسيح ، منهاج السنة النبوية في نقض كلام الشيعة والقدرية ، وغير ذلك كثير ، لم يصنف مثلها ، قبلها ولا بعدها ، أسلم على يديه عدد من اليهود والنصارى ، قاد المسلمين في معركة ضد التتار وانتصر عليهم في رمضان ، توفي رحمه الله في سجن قلعة دمشق ، في سحر ليلة الاثنين ١٠ / ١١ / ٧٢٨ هـ ، انظر ترجمته في الدر المنضد ج ٢ / ٤٧٦ .

فعل شيئاً من المحظورات فعليه دم ، ووجب القضاء من قابل ؛ لأن
القضاء على الفور ، هذا هو المذهب المنصوص .^(١)

وهذا هو الراجح - إن شاء الله - الذي يؤيده الأثر والنظر
الصحيح ؛ ولأن عليه العمل عند سلف الأمة وخير قرونها وكذلك
الأئمة من بعدهم ، وهو الذي تطمئن إليه النفس . والله أعلم .

القول الثاني : أنه لا يفسد بالجماع النسك ، وقد ناقشوا الاستدلال
بالآية ، فقال الشوكاني رحمه الله : وقد استدل من قال بالفساد بقوله
تعالى : { فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج }^(٢) وهذا الاستدلال
غير صحيح .

أما أولاً : فللاحتمال في معنى الرفث والمحتمل لا تقوم به الحجة .

وأما ثانياً : فلو سلمنا أن الرفث هو الوطء ، لكان المنع منه لا يستلزم
بطلان الحج ، لا بمطابقة ولا تضمن ولا التزام ، وغايته أن فاعله إذا
تعمد أثمٍ ثم فاعل الحرام ، فمن أين يلزم بطلان حجه ؟

(١) شرح العمدة لشيخ الإسلام ج ٢٣٢/٣ .

(٢) سورة البقرة آية ١٩٧ .

وأما ثالثاً : فلو كان الرفث مبطلاً للحج ، لزم أن يكون الجدال مبطلاً له ، واللازم باطل بالإجماع فالملزوم مثله .
ثم قال : والحاصل أن ما رتبته المصنف على فساد الحج بالوطء ، وجعله متفرعاً عليه ، من لزوم إتمامه كالصحيح ، ولزوم قضائه ولو نفلا ، كلام لا دليل عليه ، وتكليف لعباد الله بما لم يكلفهم الله به .
وهكذا من اعتمد في إثبات الأحكام الشرعية على خيالات الرأي وزائف الاجتهاد ، يأتي بمثل هذه الخرافات ! التي لا ثمرة لها إلا إتعاب العباد في غير شرع .^(١)

الجواب :-

ويقال : أما الاحتمال في معنى الرفث ، فقد صح السند عن ترجمان القرآن تخصيص أحد معانيه في الحج ، وهو الجماع .
وأما بطلان الحج فقد اشتهر عن بعض الصحابة رضوان الله عليهم القول به ونقله السلف عنهم .
وأما لزوم بطلان الحج بالجدال فليس بلازم ؛ لأن الصحابة رضي الله عنهم خصوا الرفث بالفساد .

(١) السيل الجرار ج ٢٢٨/٢ .

وأما لزوم الإتمام كالصحيح ، ولزوم قضائه ، فمستنبط من قوله تعالى : { وأتموا الحج والعمرة لله ... } ^(١)
وعموم الإتمام يشمل المضي بالفساد كالصحيح ، كما يشمل لزوم
قضائه وتمامه على الوجه الشرعي ، وبهذا يتبين أنه ليس مجرد خيالات ،
أو اجتهاد زائف ، بل منطوق ومفهوم . والله أعلم .



(١) سورة البقرة آية ١٩٦ .

المبحث الثاني : في أثر الوطء في الدبر واللواط ووطء البهيمة .
القول الأول : ذهب جمهور العلماء إلى : أنه لا فرق بين الوطء في
القبل والدبر من آدمي أو بهيمة .

القول الثاني : للحنفية في البهيمة ، قالوا : لا يفسد الحج .
دليل الجمهور : قالوا : لأنه وطء في فرج يوجب الاغتسال فأفسد
الحج ، كوطء الآدمية في القبل .^(١)
دليل الحنفية : قالوا : لانعدام الارتفاق البالغ ، ولا كفارة عليه إلا إذا
أنزل ؛ لأنه ليس باستمتاع مقصود ، بخلاف الجماع فيما دون الفرج .
وأما الوطء في الموضع المكروه ، فأما على أصلهما يفسد الحج ؛
لأنه في معنى الجماع في القبل عندهما ، حتى قالوا بوجوب الحد .

وعن أبي حنيفة فيه روايتان :-

في رواية يفسد ؛ لأنه مثل الوطء في القبل في قضاء الشهوة ،
ويوجب الاغتسال من غير إنزال .
وفي رواية لا يفسد ؛ لعدم كمال الارتفاق ؛ لقصور قضاء الشهوة
فيه ؛ لسوء المحل ، فأشبهه الجماع فيما دون الفرج ..^(٢)

(١) المغني ج ١٦٨/٥ - بتصرف . والمجموع للنووي ج ٤١٣/٧ . ومنح الجليل ج ٣٣٠/٢ .

(٢) بدائع الصنائع ج ١٢٩٩/٢ بتصرف .

الناقشة :-

يفارق الوطاء دون الفرآ؁ فإنه ليس من الكبائر في الأآنبية؁ ولا يوجب مهراً؁ ولا عدة؁ ولا حداً؁ ولا غسلاً إلا أن يتزل .. (١)

تحرير مذهب أبي آنيفة رحمه الله : الفساد بالآماع في الدبر هو أصآ الروايتين عن أبي آنيفة؁ كقولهما ؛ لكمال الآناية - كما في فتح القدير - ومراده من آدمية؁ أما وطاء البهيمة فلا يفسد مطلقاً ؛ لقصوره . (١)



(١) البحر الرائق ج ١٦/٣ .

الفصل الثاني

في أثر الاستمتاع قبل التحلل الأول وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول : في أثر الوطء فيما دون الفرج وفيه مطلبان .

المطلب الأول : أثر الوطء إذا لم يتزل .

المطلب الثاني : أثر الوطء إذا انزل .

المبحث الثاني : في أثر المباشرة بدون وطء .

المبحث الثالث : في أثر الوطء قبل التحلل الأول .

المبحث الأول : في أثر الوطء فيما دون الفرج وفيه مطلبان .

المطلب الأول : أثر الوطء إذا لم يتزل .

المطلب الثاني : أثر الوطء إذا أنزل .

المطلب الأول : أثر الوطء إذا لم يتزل :-

أما إذا لم يتزل فإن حجه لا يفسد بذلك ، لا نعلم أحداً قال بفساد حجه ؛ لأنها مباشرة دون الفرج عريت عن الإنزال فلم يفسد بها الحج كاللمس أو مباشرة لا توجب الاغتسال ، أشبهت اللمس ، وعليه شاة .

وعن سعيد بن جبير : إذا نال منها مادون الفرج ، ذبح بقرة .^(١)

المطلب الثاني : أثر الوطء إذا أنزل .

القول الأول : للحنفية والشافعية والمذهب عند الحنابلة أن الوطء فيما دون الفرج لا يفسد الحج ولو أنزل ، لكن يلزم به الدم .
قال محمد بن الحسن رحمه الله : والجماع فيما دون الفرج أنزل أو لم يتزل لا يفسد الإحرام ولكنه يوجب الدم .^(٢)

(١) المغني ج ١٦٩/٢ ، وروضة الطالبين ج ١٤٤/٣ ، والبحر الرائق ج ١٦/٣ ، ومنح الجليل ج ٢/٣٣١ .

(٢) الأصل ج ٤٧٣/٢ .

وقال الشيرازي رحمه الله ^(١): إذا باشر فيما دون الفرج لزمه دم. ^(٢)
وفي المجموع : سواء أنزل أم لا.. وتلزمه الفدية الصغرى وهي فدية
الحلق . ^(٣)

قال الشويكي رحمه الله : ولو باشر دون فرج ، أو قبل أو لمس فأنزل ،
لم يفسد نسكه ، وعليه بدنة . ^(٤)

القول الثاني : للمالكية وأحمد في رواية عنه ، أنه يفسد الحج
بذلك . ^(٥)

قال خليل في المختصر : كاستدعاء مني .
قال أحمد الدردير : أي : أن إنزال المني مفسد مطلقاً . ^(٦)

(١) هو الشيخ إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق ، شيخ الإسلام علماً وعملاً وورعاً
وزهداً ، قال : لما خرجت برسالة الخليفة إلى خراسان لم أدخل بلدا ولا قرية إلا وجدت قاضيها أو
خطيبها أو مفتيها من تلاميذي ! ، كان لا يملك شيئا من الدنيا ، بلغ من الفقر حتى كان لا يجد في بعض
الأوقات قوتا ، ولالباسا ، ولم يحج بسبب ذلك ، صنف التنبيه في الفقه ، واللمع في الأصول وغيرهما ،
ولد بلجدي قرى شيراز ٣٩٣ وتوفي ٤٧٦ رحمه الله . طبقات الشافعية للأسنوي ٢ / ٧ .
(٢) التنبيه ص ٧٣ .

(٣) المجموع للنووي ج ٤١٤/٧ بتصرف .

(٤) التوضيح في الجمع بين المقنع والتنقيح ج ٤٩٧/٢ .

(٥) بلغة السالك ج ٦٠/٢ ، والمغني ج ١٧٠/٥ .

(٦) الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ج ٦٠/٢ .

قال ابن جزئ رحمه الله : وكذلك الإنزال بوطاء أو بغير وطاء ، إلا الاحتلام ، وذلك إذا كان قبل الوقوف بعرفة .^(١)

أدلة القول الأول :-

- ١ - قالوا : لأنها مباشرة لا يجب الحد بجنسها فلم تفسد الحج كالمباشرة بغير شهوة ، وتجب عليه فدية الأذى ؛ لأنه استمتاع لا يفسد الحج فكانت كفارته ككفارة فدية الأذى .^(٢)
- ٢ - أن فساد الإحرام حكم متعلق بعين الجماع ، ألا ترى أن يارتكاب سائر المحظورات لا يفسد ، وما تعلق بعين الجماع من العقوبة لا يتعلق بالجماع فيما دون الفرج كالحد .^(٣)
- ٣ - ولأنه لا نص فيه ولا إجماع ، ولا هو في معنى المنصوص عليه ..^(٤)

(١) قوانين الأحكام ص ١٣٢ .

(٢) المجموع شرح المذهب ج ٤١٤/٧ .

(٣) المبسوط للرخسي ج ١٢٠/٤ .

(٤) المغني ج ١٧٠/٥ .

أدلة القول الثاني :-

- ١- كما يفسد الحج بالجماع ، يفسد باستدعاء المنى .. (١)
- ٢- ولأن الإنزال هو المقصود وهو أبلغ من الإيلاج ، فإذا كان الإيلاج يفسده فالإنزال أولى . (٢)

المناقشة :-

- هذا قياس مع الفارق ؛ لأن الوطء في الفرج يجب بنوعه الحد ، ويتعلق به اثنا عشر حكماً ، ولا يفترق فيه الحال بين الإنزال وعدمه ، بخلاف الوطء فيما دون الفرج فالحال يختلف بين الإنزال وعدمه . (٣)
- ٣- ولأنها عبادة يفسدها الوطء في الفرج ، فالإنزال مع المباشرة يفسدها أصله الصوم . (٣)

المناقشة :-

- الصيام يخالف الحج في المفسدات ؛ ولذلك يفسد بتكرار النظر مع الإنزال ، والمذي وسائر محظوراته ، والحج لا يفسد بشيء من سائر محظوراته غير الجماع فافترقا . (٣)

(١) بلغة السالك ج ٦٠/٢ .

(٢) المعونة ج ٥٩٣/١ .

(٣) المغني ج ١٧٠/٥ .

الجواب : هذا الفرق محل خلاف ، وليس محل اتفاق فلا تصح المناقشة به .^(١)

الترجيح :-

الراجح هو القول الأول وهو القول بعدم فساد الحج ؛ للأمور الآتية:-

أولاً : لقوة أدلة القول الأول ومناقشة أدلة القول الثاني .

ثانياً : أدلة القول الثاني أقيسة ضعيفة لا يمكن الاعتماد عليها في الحكم على فساد النسك .

ثالثاً : أن المقيس في الأدلة الثلاثة لا يحصل به كمال الارتفاق الذي يحصل للمجامع في الفرج مع الإنزال . والله أعلم



(١) انظر إن شئت الخلاف في المسألة في العزيز شرح الوجيز ج ٢٠١/٣ .

المبحث الثاني : في أثر المباشرة بدون وطء .

القول الأول : للجمهور قالوا : إن الاستمتاع بالمباشرة كالقبلة

واللمس والملاعبة ، محرم لا يفسد به الحج سواء أنزل أم لم يتزل .

وهذا قول سعيد بن المسيب ، وعطاء ، وابن سيرين ، والزهري ،

وقتادة ، ومالك ، والثوري ، والشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ،

وروى ذلك عن الشعبي وسعيد بن جبير ، كلهم قالوا عليه دم .

قال سعيد بن جبير رحمه الله : إن قبل فمذى أو لم يمد فعليه دم .

وقال أحمد رحمه الله : في من قبض على فرج امرأته وهو محرم : فإنه

يهرق دم شاة .

وقال عطاء رحمه الله : إذا قبل المحرم أو لمس فليهرق دمًا .

وقال الحسن رحمه الله : في من ضرب على فرج جاريته ، عليه بدنة .

مناقشة قول الحسن : إنها ملازمة من غير انزال ، فأشبهت لمس غير

الفرج .^(١)

فرع : إشرط الإمام زفر بن الهذيل الإنزال فقال : وإن لمس بشهوة

فأمنى فعليه دم .

(١) المغني ج ١٦٩/٥ - ١٧١ بتصرف ، والمجموع ج ٤١٤/٧ ، والأصل ج ٤٧٣/٢ .

قال اللكنوي : لوجود قضاء الشهوة بالإجماع ، لكن لا يفسد به الحج ؛ لأنه ليس بارتفاق كامل ، وكان كقتل الصيد .^(١)

أدلة الحنابلة :-

١- حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما : أنه سئل عن رجل وقع بأهله وهو بمنى قبل أن يفيض فأمره أن ينحر بدنة .^(٢)

المناقشة :-

لا وجه للاستدلال به حيث أن هذا دليل للجماع وليس للمباشرة .

الجواب : وجه الاستدلال به على وجوب البدنه بالمباشرة مع أنه دليل للجماع هو أن البدنة وجبت بالجماع لحصول اللذة مع الإنزال وهذا الارتفاق حاصل بالمباشرة مع الإنزال .

٢- القياس على الوطء في الفرج .^(٣)

(١) الجامع الصغير بشرح اللكنوي ص ١٥٦ .

(٢) موطأ مالك ج ١/٣٤٥ تنوير .

(٣) الفروع لابن مفلح ج ٣/٤٠٠ .

وجه القياس : أن كلاً من الوطء في الفرج مع الإنزال ، والمباشرة مع الإنزال يحصل بها الارتفاق الكامل ، فبجامع حصول اللذة مع الإنزال يقاس أحدهما على الآخر .

القول الثاني : للمالكية ، قالوا : يفسد الحج بالإنزال إذا استدعي بالقبلة ، أو الجس ، أو الملاعبة .^(١)

قال عبد الوهاب رحمه الله : كل إنزال عن نوع من الاستمتاع يفسد الحج والعمرة كالإنزال في الوطء دون الفرج ، أو مع القبلة أو اللمس أو غير ذلك .^(٢)

أدلة القول الأول :-

١- ما رواه الاثرم بإسناده عن عبد الرحمن بن الحارث ، أن عمر بن عبيدالله قبل عائشة بنت طلحة محرماً ، فسأل فاجمع له على أن يهريق دماً .

(١) بلغة السالك ج ٦٠/٢ .

(٢) المعونة ج ٥٩٣/١ بزيادة .

قال الموفق^(١): والظاهر أنه لم يكن أنزل ؛ لأنه لم يذكر ، وسواء مذى
أو لم يمد .^(٢)

أدلة القول الثاني :-

١- قوله تعالى : {فلا رفت ولا فسوق}^(٣) ومباشرة النساء أحد

معاني الرفت ، أو إحدى صور الرفت .^(٤)

٢- القياس على الجماع ، بجامع حصول اللذة والإنزال .

أفاده في منح الجليل بقوله : وشبه الإفساد فقال : كاستدعاء مني ،
بقيلة.^(٥)

(١) هو : عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة القرشي النمشقي ، الإمام الزاهد الرباني ، مفتي الأمة ، شيخ الإسلام ، أوجد العباد ، إمام المحدثين ، آخر المجتهدين ، الفقيه الأصولي اللغوي ، ولد سنة إحدى وأربعين وخمسمائة ، ألف أعظم كتاب في الفقه الإسلامي ، وسماه : المغني ، قال العلماء عنه : هو من كتب الدنيا .
وأما الأصول فالف روضة الناظر ، ضمنها أصول كتب الحنابلة في الأصول ، كالعدة لأبي يعلى ،
والتمهيد لأبي الخطاب ، والواضح لابن عقيل ، ولم يعتمد فيها على كتاب معين ، وفي اللغة قنعة الأريب
في الغريب ، وكتب أخرى في الحديث والعقيدة والأنساب والرقائق والفضائل ، وكل ما ألفه يعتبر من
الأصول في فنه ، حيث وضعت على كتبه الشروح والحواشي ، وكتابه المغني صار مرجعاً لجميع العلماء
في المذاهب الأخرى ، وصار عمدة المفتين في جميع الأمصار ، له كرامات ، توفي يوم عيد الفطر ١٠/١ /
٦٢٠ هـ . الدر المنضد في ذكر أصحاب الإمام أحمد ج ١ / ٣٤٦ ، بتصرف .

(٢) المغني ج ١٧١/٥ .

(٣) سورة البقرة الآية ١٩٧ .

(٤) المعونة ج ٥٩٣/١ .

(٥) منح الجليل ج ٣٣٠/٢ .

٣- واستدلوا بنفس أدلتهم في الوطاء فيما دون الفرج إذا أنزل في
المطلب السابق .

الترجيح :-

الراجح هو القول الأول ، ويجب عن أدلة القول الثاني بمايلي :-
أولاً : كون المباشرة إحدى صور الرفث لا يكفي للحكم بفساد الحج ؛
لأن الصحابة فسروا المقصود من الرفث .
ثانياً : قياس المباشرة على الجماع قياس مع الفارق ؛ لقصور الارتفاق
بالمباشرة .



المبحث الثالث : في أثر الوطء قبل التحلل الأول :-

القول الأول : للجمهور أن الوطء قبل التحلل الأول يفسد الحج ، سواء قبل الوقوف أم بعده .

القول الثاني : للحنفية قالوا : إن كان الوطء قبل الوقوف بعرفة فإنه يفسد الحج وعليه شاة ، وإن كان بعد الوقوف لم يفسد حجه وعليه بدنة .^(١)

أدلة القول الأول :-

- ١ - قوله تعالى: {فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج..} ^(٢)
- ٢ - ولأنه جماع صادف إحراماً تاماً فأفسده ، كما قبل الوقوف .^(٣)
- ٣ - أن قول الصحابة الذين روينا قولهم ، مطلق في من واقع محرماً .
- ٤ - ولأنها عبادة تجمع تحريماً وتحليلاً ، فجاز أن يطرأ الفساد عليها إلى أن يقع الإحلال منها كالصلاة .^(٤)

(١) المناسك للدبوسي ص ١٩٢ ، ومنح الجليل ج ٢ / ٣٣٠ . والتنبيه ص ٧٣ . والتسهيل ص ٩٨ .

(٢) سورة البقرة الآية ١٩٧ .

(٣) المغني ج ١٦٧/٥ .

(٤) ٤٠٣ الحاوي الكبير ج ٤ / ٢١٨

المناقشة : المعنى في الصلاة ورود الفساد عليها مع بقاء شئ من إحرامها ، والحج لا يرد عليه الفساد بعد الإحلال الأول وإن كان باقياً في إحرامه .

الجواب : هما في المعنى سواء ، وكل واحد منهما يرد عليه الفساد قبل الخروج منه ، وبالإحلال الأول يكون خارجاً من الحج .
الرد : فلم منعموه الوطء إذا كان خارجاً من الإحرام ؟
الاعتراض : لبقاء حكمه كالحائض التي تمتع من الوطء بعد انقطاع الحيض وقبل الغسل ؛ لبقاء حكمه .^(١)

دليل الحنفية :-

١ - **احتجوا بخبر النبي صلى الله عليه وآله وسلم :** (الحج عرفة) .^(٢)

فمن وقف بعرفة فقد تم حجه ، فظاهر التمام من كل وجه ، إلا حيث قام الدليل ولافساد بعد التمام .^(٣)

(١) المناقشة وما بعدها من الحاوي الكبير ج ٢١٨/٤ .

(٢) أخرجه الترمذي في كتاب الحج ٢٣٧/٣ . برقم ٨٨٩ .

(٣) المناسك للدبوسي ص ١٩٣-١٩٤ .

وقالوا أيضاً : المراد به التمام من حيث إنه يأمن من الفساد بعده ؛
لتأكد حجه بالوقوف ، ألا ترى أنه يأمن الفوات بعد الوقوف .^(١)

الناقشة :-

قوله عليه السلام (الحج عرفة) : يعني معظمه ، أو أنه ركن متأكد
فيه ، ولا يلزم من أمن الفوات أمن الفساد ، بدليل العمرة^(٢)
وقال الماوردي رحمه الله : استعمال ظاهره متعذر ؛ لأن بإدراك عرفة لا
يكون مدركاً للحج ، الطواف والسعي ، وإنما يكون مدركاً لركن من
أركان الحج ، يأمن به فوات الحج ، وذلك لا يمنع من ورود الفساد
استشهاداً بما ذكرناه .^(٣)

٢- قال الدبوسي رحمه الله : وأما علمائنا ، فانهم اتبعوا عبد الله بن
عباس فقد روي عنه نص في المحرم إذا جامع قبل الوقوف بأن
حجه يفسد وعليه شاة ، وإن جامع بعد الوقوف فعليه جزور
وحجته تامة.^(٤)

٣- وقال أيضاً رحمه الله : والمعنى فيه : أنه جامع بعد الوقوف فلا
يفسد الحج قياساً على ما بعد الرمي أو بعد الحلق ، وهذا المعنى

(١) فتح القدير ج ٤٧/٣ .

(٢) المغني ج ١٦٧/٥ .

(٣) الحاوي الكبير ج ٢١٨/٤ .

(٤) المناسك للدبوسي ص ١٩٣-١٩٤ ، والأثر أخرجه مالك في الموطأ ج ١/١٤٥-٣٤٦ .

معقول ، وهو أن الإحرام بعد الرمي والحلق أضعف منه قبل ذلك ، والجماع قدر على إفساد القوي منه قبل الوقوف ، فعلى إفساده وقد ضعف أولى .^(١)

المناقشة :-

أما قياسهم على الوطء بعد التحلل الأول ، فالمعنى فيه : أنه قد تحلل من إحرامه بما استباح من محضوراته ، فلذلك لحقه الفساد بوطئه .^(٢)

٤ - كما يثبت حكم التأكد في الأمن عن الفوات ، كذلك يثبت في الأمن عن الفساد .^(٣)

المناقشة :-

وأما قياسهم على الفوات فغير صحيح ؛ لأن الفوات أخف حالاً من الفساد ؛ لأن الفوات يسقط بإدراك بعض الشيء ، والفساد لا يسقط بإدراك بعض الشيء ، ألا ترى أن من أدرك ركعة من الجمعة فقد أمن فواتها ولا يأمن فسادها ، فكذلك جاز أن يأمن بالوقوف فوات الحج ولا يأمن فسادها .^(٣)

(١) كتاب المناسك للدبوسي ص ١٩٣-١٩٤ .

(٢) الحاوي الكبير ج ٢١٨/٤ .

(٣) فتح القدير ج ٤٧/٣ .

والقول الثاني هو الراجح لما يأتي :-

١- قوله عليه السلام : الحج عرفة .^(١)

وجه الدلالة : أن جميع أنساك الحج قد خصها بعرفة ، وكأنه قال : الحج يتم بعرفة ، فصرف اللفظ عن ظاهره إلى أحد معانيه يحتاج إلى دليل .

٢- حديث عروة بن مضر السطائي حيث قال : أتيت رسول الله ﷺ بالمزدلفة حين خرج إلى الصلاة فقلت يا رسول الله : إني جئت من جبلي طيء أكلت راحلتي ، وأتعبت نفسي ، والله ما تركت من جبل إلا وقفت عليه فهل لي من حج ؟ فقال رسول الله ﷺ : (من شهد صلاتنا هذه ووقف معنا حتى ندفع وقد وقف بعرفة قبل ذلك ليلاً أو نهاراً فقد أتم حجه وقضى تفثه) .^(٢)

والتمام هنا يعني الفراغ الحكمي من النسك ، يؤكد هذا المعنى قوله : (وقضى تفثه) ، فالإتيان بالمفسد لا محل له بعد تمام النسك وانقضائه ، فتأويل الحديث على مذهب الجمهور لا يقاوم ظاهره على كل حال ، والله أعلم .

(١) سبق تخريجه ص ٤٢ .

(٢) أخرجه أحمد ج ٢٦١/٤ ، وأبو داود ج ١٩٦/٢ ، رقم ١٩٥٠ ، والترمذي واللفظ له ج ٣/ ٢٣٨ رقم ٨٩١ وقال : هذا حديث حسن صحيح . والنسائي ج ٢٦٣/٥ ، وابن ماجه ج ١٠٠٣/٢ والدارمي ج ٥٩/٢ .

الفصل الثالث

في أثر الاستمتاع بعد التحلل الأول وفيه مبحثان

المبحث الأول : في أثر الوطء فيما دون الفرج .

المبحث الثاني : في أثر الوطء بعد التحلل الأول ، وقبل التحلل الثاني .

المبحث الأول : في أثر الوطء فيما دون الفرج .

القول الأول : ذهب الجمهور إلى تحريم الاستمتاع ، كالوطء والقبلة واللمس لشهوة ، وعقد النكاح .^(١)

القول الثاني : ذهبت الظاهرية إلى جواز تقبيل المرأة ومباشرتها بدون إيلاج ، وهي رواية عن ابن عباس وأحمد .^(٢)

قال الموفق رحمه الله : إذا رمى جمرة العقبة ثم حلق حل له كل ما كان محظوراً بالإحرام إلا النساء ، وهذا الصحيح من مذهب أحمد رحمه الله نص عليه^(١)

وفي المجموع : ويحل بالتحلل الأول في الحج اللبس ... ولا يحل الجماع إلا بالتحللين بخلاف ... وفي عقد النكاح والمباشرة فيما دون الفرج بشهوة كالقبلة والملامسة قولان مشهوران ، ... وقال الماوردي : لا يحل بالأول المباشرة .^(١)

وقال الشافعي الصغير رحمه الله : وكذا المباشرة فيما دون الفرج ، بعد قول صاحب المنهاج : قلت الأظهر لا يحل عقد النكاح .^(١)

(١) المغني مع الشرح ج ٤٦٢/٣ . والمجموع ج ٢٠٥/٨ . ونهاية المحتاج ج ٣٠٩/٣ . والهداية ج ١/١٦٥ . وقوانين الأحكام ص ١٢٣ .

(٢) المحلى ج ٢٥٤/٧ .

أدلة القول الأول :-

١- حديث عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله ﷺ : إذا رمى أحدكم جمرة العقبة فقد حل له كل شيء إلا النساء .^(١)

وفي لفظ : إذا رميتم وحلقتم فقد حل لكم الطيب والثياب وكل شيء إلا النساء^(٢)

وهذا عام يشمل المباشرة بدون وطء ، والتقبيل وأنواع الاستمتاع .

المناقشة :-

يناقش بأن هذا العموم قد خص بتفسير أبي هريرة رضي الله عنه .

الجواب : هذا التفسير قد عارضة قول أكثر من صحابي فلا حجة فيه .

٢- ما روى عن الصحابة : عمر بن الخطاب وابن عباس ، وعكاشة ابن محصن وأم سلمة رضي الله عنهم .^(٣)

(١) سنن أبي داود ج ٤٩٩/٢ . رقم ١٩٧٨ وقال : هذا حديث ضعيف ، الحجاج لم ير الزهري ولم يسمع منه

(٢) سنن البيهقي الكبرى ج ١٣٦/٥ وفيه الحجاج بن أرطاة وهو ضعيف . انظر المجروحين لابن حبان ج ٢٢٥/١

(٣) سنن البيهقي الكبرى ج ١٣٥/٥ ، ١٣٧-٢٠٤ ، ٢٠٥ .

أدلة القول الثاني :-

- ١- قول أبي هريرة رضي الله عنه ، قال : يحل للمحرم من امرأته كل شيء إلا هذا ، وأشار بإصبعه السبابة بين إصبعين من أصابع يده .
يعني الجماع .
- ٢- قول سعيد بن جبير رحمه الله : ما نعلم فيها شيئاً فليستغفر الله عز وجل.
- ٣- فتوى أبي الشعثاء جابر بن زيد .^(١)

المناقشة :-

يناقش الدليل الأول بأنه معارض بمثله .
وأما الثاني : فكونه لا يعلم فيها شيئاً ليس بحجه ، بل من علم حجة على من لم يعلم .
وأما الثالث : فإنه معارض بقول من هو أعلم منه .
الجواب : ولكن أدلتنا ترجع بحكم المسألة إلى أصله ، وهو الإباحة وهذا تعضده القاعدة .
الرد : بل الأصل في حق المحرم التحريم ، فالأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت الناقل ولم يثبت هنا .

(١) ٣-١ من المحلى ج ٧/٢٥٤-٢٥٥ .

الراجع : الراجع الأول لما يأتي :-

أولاً : عموم الحديث .

ثانياً : أنه قول الصحابة رضي الله عنهم ، الذين هم أفقه من أبي هريرة رضي الله عنه .

ثالثاً : قوة المناقشة وأجوبة وردود القول الأول .



وفي الكفارة :-

وفي مجموع النووي : ومتى ثبت التحريم فباشر عمداً بشهوة لزمته الفدية .^(١)

وقال البهوتي : كاستمتاع لم يتزل فيه وكالوطء في العمرة وبعد التحلل الأول في الحج فإنه يوجب شاة .^(٢)

وقال في الهداية : لبقاء إحرامه في حق النساء دون لبس المخيط وما أشبهه فخفض الجناية فاكتفي بالشاة .^(٣)

وقال ابن جزيء : فان وطئ بعد جمرة العقبة وقبل طواف الإفاضة فحجه تام وعليه الهدي والعمرة .^(٤)

وقال خليل في المختصر : وإلا فهدي كإنزال ابتداء ، وامدائه وقبلته .^(٥)

(١) المجموع شرح المذهب ج ٣٠٦/٧ .

(٢) كشف القناع ج ٤٥٦/٢ .

(٣) الهداية ج ١٦٥/١ .

(٤) قوانين الأحكام ص ١٣٣ .

(٥) منح الجليل ج ٣٣٠/٢ .

وقال أبو محمد : إيجاب الدم في ذلك قول لم يوجهه قرآن ولا سنة .
ولا قياس ، ولا قول مجمع عليه . وبالله التوفيق .^(١)



(١) المحلى ج ٢٥٥/٧ .

المبحث الثاني : في أثر الوطء بعد التحلل الأول وقبل التحلل الثاني .
القول الأول : للجمهور أن الوطء بعد التحلل الأول لا يفسد به الحج ، ولكن هل يفسد به الإحرام ذهب إلى ذلك الحنابلة والمالكية ؛ وفي رواية لأحمد لا يفسد .

القول الثاني : للنخعي والزهري وحماة ، أنه يفسد الحج بالوطء بعد التحلل الأول ، وبه قال الظاهرية وروى عن ابن عمر .^(١)

أدلة القول الأول :-

- ١ - ماروي عن ابن عباس أن رجلاً أصاب من أهله قبل أن يطوف بالبيت يوم النحر فقال : ينحران جزوراً بينهما وليس عليهما الحج من قابل.^(٢)
- ٢ - قوله عليه السلام : الحج عرفة .^(٣)
- ٣ - ولأنها عبادة لها تحللان فوجود المفسد بعد أولهما لا يفسدها ، كما بعد التسليمة الأولى من الصلاة .^(٤)

(١) الاختيار لتعليل المختار ج ١/١٦٥ ، والشرح الكبير ج ٣/٣٢٠ ، والحاوي الكبير ج ٤/٢١٩ والمحلّى لابن حزم ج ٧/١٨٩ ، والمعونة ج ١/٥٩٤ .

(٢) سنن الدار قطنى ج ٢/٢٧٢ .

(٣) سبق تخريجه ص ٤٢ .

(٤) الكافي ج ١/٤٥٩ والمبدع ج ٣/٢١٩ .

٤ - ولأنه فعل لم يفسد به الإحرام فوجب أن لا يلزمه به تحديد إحرام ، كالاستمتاع دون الفرج وسائر المحرمات .^(١)

٥ - ولأن الأصول موضوعة على أن ما أفسد بعض العبادة أفسد جميعها ، وما لم يفسد جميعها لم يفسد شئ منها استشهاداً بالصلاة والصيام.^(٢)

٦ - لما كان هذا الوطء غير مفسد لما مضى وجب أن يكون غير مفسد لما بقي .^(١)

٧ - ولأنه لو جاز أن يكون الوطء بعد الإحلال الأول مفسداً لباقي الحج دون ماضيه ، لجاز أن يكون الوطء بعد الوقوف مفسداً لباقي الحج دون ماضيه ، فلما كان هذا فاسداً بعد الوقوف وجب أن يكون فاسداً بعد الإحلال .

فاذا ثبت أن حجه صحيح ، وأنه لا قضاء عليه ، فالكفارة عليه واجبه..^(١)

٨ - ولأنه قد زال الإحرام فلا يلحقه فساد .^(٣)

(١) الحاوي الكبير ج ٢١٩/٤ .

(٢) المصدر السابق .

(٣) المهذب ج ٢٣٩/٢ .

دليل رواية الحنابلة والمالكية :-

١- قول ابن عباس رضي الله عنهما ، في الذي يصيب أهله قبل أن يفيض : يعتمر ويهدي . (١)

٢- ولأن عليه أن يأتي بالطواف والسعي ، في إحرام لا وطء فيه . (٢)

٣- ولأنه وطء صادف إحراماً فأفسده كالإحرام التام . (٣)

المناقشة : يناقش بأنه لم يكن محرماً بل تحلل التحلل الأول .

أدلة القول الثاني :-

١- قوله تعالى : { فلا رفث ولا فسوق } ، فصح أن من رفث لم يكمل حجه ، ولم يحج كما أمر . (٤)

٢- القياس - قالوا : كالوطء قبل الرمي . (٥)

(١) سنن البيهقي الكبرى ج ١٧١/٥ .

(٢) المعونة ج ٥٩٤/١ ، والتفريع ج ٣٤٩/١ .

(٣) الشرح الكبير مع المغني ج ٣٢٠/٣-٣٢١ .

(٤) المحلى ج ١٨٩/٧ والآية في سورة البقرة رقم ١٩٧ .

(٥) الشرح الكبير مع المغني ج ٣٢٠/٣-٣٢١ .

المنافشة :-

هذا يرء بمأءء عروة بن مضرس الطائي وقء سبق . (٢)

الترجيج :-

الراجح : هو قول الجمهور وهو أن الوطاء بعء التألل الأول وقبل الثاني لا يفسء الحج ؛ لقوة أءلتهم ، ووروء المنافشة على أءلة القول الثاني .



مقدار الكفارة :-

تحرير مذهب الحنفية : إذا كان الوطء بعد الوقوف وقبل الرمي فعليه بدنة ، وإن جامع بعد الحلق فعليه شاة .^(١)

مذهب مالك : يستحب كونه من الإبل ، ثم من البقر ، ثم من الغنم ، ولا يكون إلا من بهيمة الانعام .^(٢)

وفي مذهب الشافعي قولان بدنه وقيل شاة .^(٣)
وقال أحمد : شاة نص عليه^(٤)



(١) البحر الرائق ج ٧٦/٣ .

(٢) أسهل المدارك ج ٥٠٠/١ ، والتلقين ج ٢٣٣/١ .

(٣) المهذب ج ٢٣٩/٢ .

(٤) الشرح الكبير مع المغني ج ٣ / ٣٢١

الفصل الرابع

في أثر الاستمتاع مع الإكراه وعدمه وفيه أربعة مباحث

المبحث الأول : في أثر الوطء في حج المرأة إذا طأعت .

المبحث الثاني : في أثر الوطء في حج المرأة إذا أكرهت .

المبحث الثالث : أثر خروج المذي ، والمني بتكرار النظر أو بنظرة واحدة . وفيه مطلبان .

المطلب الأول : في أثر خروج المذي .

المطلب الثاني : في أثر خروج المني بتكرار النظر أو بنظرة واحدة .

المبحث الرابع : في أثر وطء الجاهل والناسي .

المبحث الأول : في أثر الوطء في حج المرأة إذا طاوعت .

المرأة المطاوعة يفسد حجها بالاتفاق ، وتمضي في فاسده وعليها الحج والهدي من قابل ، لكن الشافعية اشترطوا أن تكون عالمة بالحكم .^(١)

قال في الكفاية : وإن كانت طائعة عالمة فسد حجها ، والله أعلم .^(٢)

الأدلة :-

- ١ - قول ابن عباس رضي الله عنهما : اهد ناقة ولتهد ناقة .^(٣)
- ٢ - أنها أفسدت نسكها بمطاوعتها أشبهت الرجل .^(٤)
- ٣ - أنه أضاف الفعل إليها في حديث عبد الله بن عمرو .^(٤)

مناقشة شرط الشافعية :-

يسقط هذا الشرط حديث يزيد بن نعيم ، قال عليه السلام : اقضيا نسككما واهديا هديا .^(٥)

(١) كتاب الاصل ج ٤٧٣/٢ ، وبلغه السالك ج ٦٠/٢ ، وروضة الطالبين ج ١٤٠/٣ ، ومطالب أولى النهى ج ٣٥٠/٢ .

(٢) كفاية الاخير ج ٤٤١/١ .

(٣) السنن الكبرى للبيهقي ج ١٦٨/٥ .

(٤) مطالب أولى النهى ج ٣٥٠/٢ .

(٥) سبق تخريجه ص ٢٣ .

قال شيخ الإسلام : ليس فيه استفصال للسائل هل فعلت هذا عالماً أو جاهلاً^(١).

الجواب : أن الحديث لا يصح أن يناقش به ؛ لأنه ضعيف فلا يقوى على دفع أصل العذر بالجهل .



(١) شرح العمدة ج ٢٥٢/٣ .

المبحث الثاني : في أثر الوطء في حج المرأة إذا أكرهت .

القول الأول : للجمهور أن حج المرأة المكروهة يفسد ، وأنه لا فرق بينها وبين المطاوعة ، لكن يسقط عنها الإثم .^(١)

القول الثاني : للشافعية قالوا : لا يفسد حج المكروهة .^(٢)

أدلة القول الأول :-

١ - حديث يزيد بن نعيم قال فيه عليه الصلاة والسلام : اقضيا نسككما واهديا هديا .. وعليكما حجه أخرى ..^(٣)

قال شيخ الإسلام : ليس فيه استفصال للسائل هل فعلت هذا عالماً أو جاهلاً..^(٤)

المناقشة : ولكن هذا الحديث ضعيف لا تقوم به حجة .

(١) كتاب الأصل ج ٤٧٣/٢ ؛ بلغة السالك ج ٦٠/٢ ؛ روضة الطالبين ج ١٤٠/٣ ، مطالب أولي النهى ج ٣٥٠/٢ .

(٢) حاشية شرح المنهاج ج ٣٤١/٣ .

(٣) تقدم تخريجه ص ٢٣ .

(٤) شرح العمدة ج ٢٥٢/٣ .

كذلك نقول : قد قضى رسول الله ﷺ بفساد حج زوجة السائل ، ولم يستفصل هل أكرهها أو هي مطاوعة ، فتركة الاستفصال دليل على عموم الحكم في جميع الحالات .

٢- فتاوى الصحابة رضي الله عنهم عامة في ذلك .

المناقشة : ولكن أكثرها منقطع لا تقوم به حجة .

أدلة القول الثاني :-

١- قوله ﷺ : إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان ، وما استكروها عليه^(١).

المناقشة : أن تأثير الخطأ والنسيان والإكراه في سقوط المأثم ، وإلا لما وجب غسل الجنابة على المكروهة .^(٢)

الجواب : لا دليل على قصر تأثير الخطأ والنسيان على مجرد سقوط الأثم .

(١) أخرجه ابن ماجة رقم ٢٠٤٥ ، والبيهقي ج ٣٥٦/٧ ؛ وعبد الرزاق في مصنفه ١١٤١٦ ، وسعيد في سننه ١١٤٦ .

(٢) مقتبس من المبسوط ج ١٢١/٤ .

٢- القياس ، بناء على أصله أن الإكراه متى أباح الإقدام أعدم أصل الفعل من المكروه في الأحكام ... ولهذا قال : لا يفسد الصوم بهذا الفعل في حال الإكراه فكذلك الإحرام .^(١)

المنافشة :-

تأثير الإكراه في دفع المأثم لا في إعدام أصل الفعل ، ألا ترى أنه يلزمه الاغتسال ويثبت به حرمة المصاهرة ، فكذلك يتعلق به فساد النسك.^(٢) والحج ليس في معنى الصوم ؛ لأن حالات الإحرام مذكورة ، بمترلة حالات الصلاة ، بخلاف الصوم .^(٣)

٣- يقول : الحظر ينعدم بهذه العوارض فلم يقع الفعل جنابة .^(٣)

المنافشة :-

أن الفساد باعتبار معنى الارتفاق في الإحرام ارتفاقاً مخصوصاً ، وهذا لا يتعدم بهذه العوارض .^(٣)

(١) المبسوط ج ١٢١/٤ بتصرف .

(٢) المصدر السابق بتصرف .

(٣) الهداية ج ١٦٥/١ .

الترجيح :-

الراجح هو قول الشافعية وهو القول بعدم فساد حج المكرهه

لأمرين :-

الأول : ضعف أدلة القول الأول ومناقشتها .

الثاني : إذا كان الله عز وجل جعل الإكراه مؤثراً في المكره على الكفر

فألغى الأثر المترتب على الإكراه ، فمن باب أولى ما دونه .



المبحث الثالث : في أثر خروج المذي ، أو المني ، بتكرار النظر أو بنظرة واحدة وفيه مطلبان .

المطلب الأول : في أثر خروج المذي .

القول الأول : ذهب المالكية والحنابلة إلى أن من أمذى في حجه فعليه دم ، سواءً بنظرة واحدة ، أو بتكرار النظر .^(١)

القول الثاني : لا شيء عليه وهذا مذهب الحنفية والشافعية .^(٢)

أدلة القول الأول :-

١- ما رواه حنبل في المناسك عن مجاهد ، أن محرماً نظراً إلى امرأته حتى أمذى ، فجعل يشتمها ، فقال ابن عباس : أهرق دماً ولا تشتمها.^(٣)

٢- لأنه جزء من المني ؛ لكونه خارجاً بسبب الشهوة .^(٤)

(١) التفریع لابن الجلاب ج ٣٥٠/١ ، والمبدع ج ١٨٢/٣ ، والتتقیح المشبع ص ١٠٤ ؛ التوضیح فی الجمع بین المقنع والتتقیح ج ٥٠١/٢ .

(٢) البنایة فی شرح الهدایة ج ٢٦٩/٤ ، ونهایة المحتاج ج ٣٤٠/٣ .

(٣) المغنی ج ١٧٢/٥ .

(٤) المبدع ج ١٨٢/٣ .

المنافشة :-

يناقش بأن هذا غير صحيح والواقع خلافه .

٣- ولأنه حصل به لذة ، فهو كاللمس .^(١)

أدلة القول الثاني :-

١- لأن المحرم هو الجماع ولم يوجد ، فصار كما لو تفكر فأمنى .^(٢)

الترجيح :-

الراجح هو القول الثاني لما يأتي :-

- ١- لضعف أقيسة القول الأول .
- ٢- ولأن إيجاب الدم يحتاج إلى دليل صريح .
- ٣- أن لزوم الدم يحتاج إلى نفقه وقد يعسر توفرها ، والمشقة مدفوعة ، ما لم يرد الدليل بشيء .



(١) المبدع ج ١٨٢/٣ .

(٢) البناية في شرح الهداية ج ٢٦٩/٤ . ونهاية المحتاج ج ٣٤٠/٣ .

المطلب الثاني : في أثر خروج المني بتكرار النظر أو بنظرة واحدة .

القول الأول : ذهب الجمهور إلى أن إنزال المني بتكرار النظر لا يفسد الحج ، وروى ذلك عن ابن عباس ، ثم اختلفوا هل يلزمه دم ؟ قال الحنفية والشافعية لا شئ عليه ، وقالت الحنابلة عليه بدنة.^(١)

القول الثاني : للمالكية قالوا بفساد من كرر النظر فأمنى ، وروى عن الحسن وعطاء .^(٢)

أدلة القول الأول :-

- ١ - أنه إنزال عن غير مباشرة ، فأشبه الإنزال بالفكر والاحتلام .^(٣)
- ٢ - أن المحرم عليه هو الجماع ولم يوجد ؛ لأن الجماع هو قضاء الشهوة على سبيل الاجتماع صورة ومعنى ، أما الصورة فهو الإيلاج ، وأما المعنى فهو الإنزال ولم يوجد ذلك .^(٤)

(١) البناية في شرح الهداية ج ١٦٩/٤ ، ونهاية المحتاج ج ٣/٣٤٠ ، والتتقيح المشبع ص ١٠٤ .

(٢) أسهل المدارك ج ١/٥٠٧ ، ومنح الجليل ج ٢/٣٣٠ ، والمغني ج ٥/١٧٢ .

(٣) المغني ج ٥/١٧٢ .

(٤) البحر الرائق ج ٣/١٦ ، والبناية ج ٤/٢٦٩ .

أدلة القول الثاني :-

- ١- القياس ، قالوا يقياس استدعاء المني ولو بنظر على الجماع في الإفساد إن وقع قبل الوقوف . (١)
- ٢- ولأنه أنزل بفعل محظور أشبه الإنزال بالمباشرة . (٢)

المناقشة :-

- أ- الأصل الذي قاسوا عليه ممنوع . . (٣)
- ب- أن المباشرة أبلغ في اللذة ، وأكد في استدعاء الشهوة ، فلا يصح القياس عليه . (٢)

دليل الحنابلة على لزوم البدنة :-

- لأن تكرار النظر لشهوة حرام يمكن الاحتراز منه ، فإذا اقترن به الإنزال تغلظ فأوجب الفدية كالمباشرة . (٣)
- وأما إن كان بنظرة واحدة فعليه شاة عند الحنابلة ، والدليل :
- قالوا : إنه إنزال بفعل محظور فأوجب الفدية كاللمس . (٤)

(١) منح الجليل ج ٢/ ٣٣٠ .

(٢) المغني ج ٥/ ١٧٢ .

(٣) شرح العمدة ج ٣/ ٢٢٤ .

(٤) الإنصاف ج ٣/ ٥٢٤ ، والمغني ج ٥/ ١٧٢ .

الترجيح :-

الراجح :هو القول الأول لقوة أدلته ، وضعف أدلة القول الثاني
ومناقشتها .



المبحث الرابع : في أثر وطء الجاهل والناسي .

القول الأول : ذهب الجمهور إلى فساد نسك من وطئ في حجه سواء كان جاهلاً أم ناسياً .^(١)

القول الثاني : ذهب الظاهرية والشافعية في الجديد إلى عدم فساد حج من وطئ جاهلاً أو ناسياً .^(٢)

أدلة القول الأول :-

١ - حديث يزيد بن نعيم أن رجلاً من جذام جامع امرأته وهما محرمين ، فسأل الرجل رسول الله ﷺ فقال لهما : اقضيا نسككما ، واهديا ، ثم ارجعا ... حتى إذا كنتما بالمكان الذي أصبتما فيه ما أصبتما ، فأحرما وأتما نسككما واهديا .^(٣)

وجه الدلالة :-

ما تقدم من الحديث المرفوع ليس فيه استفصال للسائل ، هل فعلت هذا عالماً أو جاهلاً [فيكون مندرجاً تحت قاعدة : ترك الاستفصال في مقام الاحتمال ، يتزل مترلة العموم من المقال]^(٤) فإن المسلم الذي قد أم بيت الله وهو معظم لحرماته ، إذا وقع منه

(١) المبسوط ج ١٢١/٤ ، وبلغة السالك ج ٦٠/٢ ، والمستوعب ج ٢٨٣/٤ .

(٢) المحلى ج ١٨٩/٧ ، والحاوي ج ٢١٩/٤ .

(٣) سبق ص ٢٣ ، وقال ابن حجر : رجاله ثقات مع ارساله . التلخيص ج ٢٨٣/٢ .

(٤) ما بين القوسين من عندي .

الجماع ، فوقوعه منه لعدم علمه بتحريمه ، أو اعتقاده زوال الإحرام ، أو نسيانه أنه محرم أظهر من وقوعه منه علماً بأنه محرم ذاكراً لإحرامه . (١)

المناقشة :-

إيجاب القضاء والهدي مؤاخذه ، وقول النبي ﷺ : [عفي لأمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ..] يرد هذا . (٢)

الجواب :-

- ١- تأثير النسيان والإكراه عندنا في دفع المأثم لا في إعدام أصل الفعل ، ألا ترى أنه يلزمه الاغتسال ، إذا أكره على الوطء ، وليس عليه إثم . (٣)
- ٢- ولأن الإحرام عليه علامة تدل عليه ، من التجرد والتلبية ، وأعمال النسك ، ورؤية المشاعر ، ومخالطة الحجيج ، فلا يعذر فيه بالنسيان . (٤)
- ٣- ولأن الجماع أمر قد وقع واستقر فلا يمكن رده وتلافيه بقطعه وإزالته ، فصار مثل الإتلافات ، مثل قتل الصيد ، وحلق الشعر

(١) شرح العمدة ج ٣ / ٢٥٣ .

(٢) شرح العمدة ج ٣ / ٢٥٢-٢٥٣ . والحديث سبق ص ٦٢ .

(٣) المبسوط ج ٤ / ١٢١ بزيادة .

(٤) شرح العمدة ج ٣ / ٢٥١-٢٥٤ .

حيث لا يمكن رد التلف ولا إعادته ، وعكسه الطيب واللباس ،
فإنه يمكن نزع اللباس وإزالة الطيب إذا ذكر وعلم التحريم .^(١)

٤ - ولأن الجماع سبب يوجب القضاء ، فاستوى عمدته وسهوه
كالفوات^(٢).

المناقشة : يخالف الفوات ؛ لأنه ترك فاستوى حكم عمدته
وسهوه .^(٢)

٥ - وأيضا فإن الجماع أغلظ المحظورات وأكبر المنهيات ، وجنسه لا
يخلو عن موجب ومقتضى فإنه لا يقع باطلاً قط ، فإنه إن وقع في
ملك قرر الملك ، بحيث يستقر المهر إن كانت زوجة ، ويستقر
الثلث والملك إن كانت جارية معيبة ، أوفيهما خيار ، عمداً وقع
أو سهواً ، وإن وقع في غير الملك فلا يخلو عن عقر ، أو عقر
وعقوبة ،^(٣) أو عقوبة فقط عند من يقول به ، وهو ينشر حرمة
المصاهرة في ملك اليمين ، والنكاح الفاسد ، و الوطء بالشبهة
بالإجماع .

(١) شرح العدة ج ٣ / ٢٥١ ، ٢٥٤

(٢) الحاوي ج ٢١٩/٤ .

(٣) العقر بالضم ماتعطاء المرأة على وطء الشبهة وأصله أن واطى البكر يَعرّها إذا اقتضها فسمي
ماتعطاء للعقر عُقراً ثم صار عاماً لها وللثيب . لسان العرب ج ٣١٥/٩ .

فإذا وقع في الإحرام الذي هو أغلظ العبادات ولم يكن له أثر كان إخراجاً له عن حقيقته ومقتضاه ، لا سيما والمحرم معه من العلامات على إحرامه ما يذكره بحاله ، ويزجره عن مواجهة هذا المحذور .^(١)

أدلة القول الثاني :-

- ١ - قوله تعالى: { وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ، ولكن ما تعمدت قلوبكم }^(٢)
- ٢ - وقوله عليه الصلاة والسلام : (عفي عن أمتي الخطأ والنسيان) .^(٣)

المنافشة :-

- (أ) - أن النسيان لا ينافي الوجوب لكمال العقل ، وليس عذراً في حقوق العباد ، وفي حقوق الله تعالى عذر في سقوط الاثم .^(٤)
- (ب) - وأيضاً : فإن إفساده للإحرام من باب خطاب الوضع والأخبار الذي هو : ترتيب الأحكام على الأسباب ، وقد دلت السنة

(١) شرح العمدة ج ٣/ ٢٥٤ - ٢٥٥ .

(٢) سورة الأحزاب آية ٥ ، والمطلى ج ١٨٩/٧ .

(٣) الحاوي ج ٢١٩/٤ ، والحديث سبق ص ٦٢ .

(٤) البحر الرائق ج ٣/ ١٩ .

والإجماع على : أن الجماع محرم ، وأنه يفسد الإحرام ويوجب القضاء والهدي ، فإذا فعله ناسياً أو جاهلاً ، كان ذلك عذراً في الذم والعقاب اللذين هما من توابع المعصية الأمر والنهي ، أما جعل ذلك مانعاً من إفساد الحج ، وإيجاب القضاء والهدي فلا بد له من دليل ، فإن ما كان من باب ترتيب الأحكام على الأسباب لا يؤثر فيه هذا إلا بدليل . وأكثر الأصول التي يقع فيها الفساد ويجب القضاء [تفسد] إذا وجد المفسد مع العذر ، فمن ذلك الطهارة فإنها تفسد بوجود مفسداً عمداً وسهواً ، والصلاة تبطل بوجود العمل الكثير عمداً وسهواً ، أو بمرور القاطع بين يديه عمداً أو سهواً ، وفي الكلام والأكل خلاف معروف ، وكذلك ملك النكاح ما يطرأ عليه فيفسده من صهر ورضاع وغيرهما لا فرق بين [عمده وسهوه] وملك الأموال ^(١) .

(ج) - وموجبات الكفارات - في غالب الأمر - يوجبها مع العمد والسهو ، ككفارة القتل والظهار ، وترك واجبات الحج ، والحج قد يغلظ على غيره ، فالحاقه بأكثر الأصول أولى من إلحاقه بأقلها ، ثم لم يبعء أصل في ذلك إلا في الأكل في الصيام ^(٢) .

(١) البحر الرائق ج ١٩/٣ .

(٢) شرح العمدة ج ٣ / ٢٥٥ - ٢٥٦ .

٣- ولأنه وطء يجب في عمده القضاء والكفارة ، فوجب أن يفرّق حكم عمده وسهوه كالوطء في الصوم .^(١)

المناقشة :-

هذا قياس مع الفارق ، فإن الصوم لا تجب الكفارة فيه بالإفساد ؛ لأن إفساده بكل ماعدا الجماع لا يوجب كفارة ، وإنما تجب بخصوص الجماع ، فافترقا .^(٢)

٤- ولأنه استمتاع ناسٍ فوجب أن لا يكون له تأثير كالطيب .^(٣)

ويناقش : بأن الوطء في الشرع يجري مجرى الإتلاف بدليل أنه لا يخلو من غرم ، أو حد ، أو غرم وحد ، وباب الإتلاف يستوي فيه العمد والخطأ ، كالقتل للإنسان ، والصيد ، والحلق ، والتقليم .^(٣)

وقال شيخ الإسلام : والجامع الناسي فيه ثلاثة أقوال في مذهب أحمد وغيره ، ويذكر ثلاث روايات عنه ، أحدها : لا قضاء عليه ولا كفارة ، وهو قول الشافعي وأبي حنيفة والأكثرين .

(١) الحاوي ج ٢١٩/٤ .

(٢) المغني ج ١٧٤/٥ بزيادة .

(٣) شرح العمدة ، مكتب الصيام ج ٢٥٣/٣ .

والثانية : عليه القضاء بلا كفارة وهو قول مالك .

والثالثة : عليه الأمران وهو المشهور عن أحمد .

والأول أظهر كما قد بسط في موضعه ، فإنه قد ثبت بدلالة الكتاب والسنة : أن من فعل محظوراً مخطئاً أو ناسياً لم يؤاخذه الله بذلك ، وحينئذ يكون بمترلة من لم يفعله ، فلا يكون عليه اثم ، ومن لا إثم عليه لم يكن عاصياً ، ولا مرتكباً لما نهي عنه ، وحينئذ فيكون قد فعل ما أمر به ولم يفعل ما نهي عنه ، ومثل هذا لا يبطل عبادته، إنما يبطل العبادات إذا لم يفعل ما أمر به ، أو فعل ما حظر عليه ، وطرده هذا أن الحج لا يبطل بفعل شئ من المحظورات لا ناسياً ولا مخطئاً لا الجماع ولا غيره ، وهو أظهر قولي الشافعي .^(١)

الترجيح :-

القول الراجح في هذه المسألة ، هو أنه لا قضاء عليه ، ولا كفارة ؛ لعموم العفو عن الخطأ ، والنسيان ، والإكراه ، كما هو معلوم .



(١) مجموع الفتاوى ج ٢٥/٢٢٦ .

الفصل الخامس

في الكفارة وقدرها وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول : في قدر الكفارة .

المبحث الثاني : في أجزاء كفارة واحدة عنهما .

المبحث الثالث : في وقت نحر هدي الفساد .

المبحث الأول : في قدر الكفارة .

القول الأول : الجمهور قالوا : أن كفارة الوطء في الفرج إن كان في الحج بدنة ، وإن كان في العمرة شاة .^(١)

القول الثاني : الحنفية قالوا : إن كان قبل الوقوف بعرفة فشاة ، وإن كان بعده فبدنة .^(١)

قال في التلقين : ويلزم بفساد الحج بدنة تكون هدياً .^(١)

وفي المجموع للنووي رحمه الله : السادس دم الجماع : ... فيجب فيه بدنة ، فإن عجز عنها فبقرة ، فإن عجز فسبعة من الغنم ، فإن عجز قوم البدنة بدراهم ، والدراهم بطعام ، ثم يتصدق به ، فإن عجز ، صام عن كل مد يوماً .

وقيل : إذا عجز عن الغنم ، قوم البدنة وصام ، فإن عجز أطعم ، فيقدم الصيام على الإطعام ، ككفارة القتل ونحوها .^(٢)

وقال ابن رشد رحمه الله : وقال مالك : كل نقص دخل الإحرام من وطء أو حلق شعر ، أو احصار ، فإن صاحبه إن لم يجد الهدي صام ثلاثة أيام في الحج ، وسبعة إذا رجع ولا يدخل الإطعام فيه ، فمالك

(١) التلقين ج ٢٣٣/١ ، والمدونة الكبرى ج ٤١٥/١ ، والهداية ج ١٦٤/١-١٦٥ ، والمستوعب ج ٤/١٣٧ .

(٢) روضة الطالبين ج ١٨٥/٣ .

شبة الدم اللازم هنا بدم التمتع ، والشافعي شبهه بالدم الواجب في الفدية ، والإطعام عند مالك لا يكون إلا في كفارة الصيد وكفارة إزالة الأذى ، والشافعي يرى أن الصيام والإطعام قد وقعا بدل الدم في موضعين ، ولم يقع بدلها إلا في موضع واحد ، فقياس المسكوت عنه على المنطوق به في الإطعام أولى ، فهذا ما ينخص الفساد بالجماع .^(١)

وقال مالك رحمه الله : عليه بدنة ، فإن لم يجد بقرة ، فإن لم يجد فشاة .^(٢)

وقال الموفق رحمه الله : فدية الوطء يجب به بدنة ، فإن لم يجدها صام عشرة أيام ، ثلاثة في الحج ، وسبعة إذا رجع كدم المتعة .^(٣)

وقال القاضي رحمه الله : إن لم يجد البدنة أخرج بقرة ، فإن لم يجد فسبعاً من الغنم ، فإن لم يجد أخرج بقيمتها طعاماً ، فإن لم يجد صام عن كل مد يوماً ، وظاهر كلام الخرقي أنه مخير في هذه الخمسة فبأيها كفر أجزأه .^(٣)

(١) بداية المجتهد ج ٣٧٢/١ ، والكافي لابن عبد البر ص ١٥٩ .

(٢) المدونة الكبرى ج ٤١٥/١ .

(٣) المقنع مع حاشية حفيد الشيخ محمد بن عبد الوهاب ج ١ / ٤٢٦ .

وقال الموفق : ويجب بالوطء في الفرج بدنة إن كان في الحج ، وشاة إن كان في العمرة ، ويجب على المرأة مثل ذلك إن كانت مطاوعة ، وإن كانت مكرهة فلا فدية عليها .^(١)

أدلة القول الأول :-

- ١- ما رواه عطاء عن عبد الله بن عباس أنه سئل عن رجل وقع بأهله وهو بمنى قبل أن يفيض ، فأمره أن ينحر بدنة .^(٢)
- ٢- ولأنها أحد النسكين فوجب أن يجب بالوطء فيها شئ كالآخر ، وإنما كان شاة ؛ لأن حكم العمرة أخف .^(٣)

أدلة الحنفية :-

- ١- استدلوا بحديث ابن عباس السابق .
- ٢- ولأنه أعلى أنواع الارتفاق فيتغلظ موجبة ؛ لوجوب التطابق بين الموجب بمقتضى الحكم .^(٤)

(١) المقنع مع حاشية سليمان بن عبد الله بن محمد بن عبد الوهاب ج ١/٢٦٤ ، الطبعة الثانية للمكتبة السلفية في القاهرة ،

(٢) موطأ مالك ج ١/٣٤٥ .

(٣) المبدع ج ٣/١٨٠ .

(٤) البنائية في شرح الهداية ج ٤/٢٧٥-٢٧٦ .

٣- قوله عليه الصلاة والسلام : اقضيا نسككما واهديا ... (١)

وجه الدلالة من الحديث :-

قالوا : إطلاق لفظ الهدي وهو يصدق بالتناول على الشاة ، كان في البدنة أكمل ، والواجب انصراف المطلق إلى الكامل في الماهية ، لا إلى الأكمل ، وماهية الهدي كاملة فيها ... ثم بين المقامين فرق ، وهو وجوب القضاء ، فإنه لا يجب الا ليقوم مقام الأول ، وهو معنى استدراك المصلحة ، فبعد قيامه مقامه ، لم يبق إلا جزاء تعجيل الإحلال ، ويكفي فيه الشاة كالمحصر.. (٢)

الترجيح :-

الراجح : هو قول الحنفية ؛ لوجهة الدليل والتعليل .



(١) المراسيل لأبي داود ص ١٤٧ وسبق ص ٢٣ .

(٢) فتح القدير ج ٤٦/٣ .

المبحث الثاني : في أجزاء كفارة واحدة عنهما .

أولاً المطاوعة :-

القول الأول : ذهب الجمهور إلى أن كل واحد منهما عليه بدنة ، قال به ابن عباس ، وسعيد بن المسيب ، والنخعي والضحاك ، ومالك وحماد .^(١)

القول الثاني : يجزئهما هدي واحد ، وهذا قول الشافعي وعطاء .^(٢)

أدلة الجمهور :-

- ١- قول ابن عباس رضي الله عنهما : اهد ناقة ، ولتهد ناقة .^(٣)
- ٢- ولأنها أحد المتجامعين من غير إكراه ، فلزمتها بدنة كالرجل^(٤) .
- ٣- ولوجود الجماع منهما بدليل الحد^(٥) .

(١) فتح القدير ج ٤٤/٣ ، وفتح الرحيم ج ١٦٩/١ ، والتفريع ج ٣٥٠/١ ، والمغني ج ١٦٧/٥ .

(٢) الحاوي الكبير ج ٢٢١/٤ ، سنن البيهقي ج ١٦٧/٥ .

(٣) سنن البيهقي ج ١٦٨/٥ .

(٤) المغني ١٦٨ / ٥ .

(٥) الفروع لابن مفلح ٣ / ٣٩٠ الطبعة الرابعة لعالم الكتب ١٤٠٥ هـ .

- ٤- ولأنهما اشتركا في السبب الموجب ، كما لو قتلا رجلاً ،
 وكنفقه القضاء (١) .
- ٥- ولأنه أكد من الصوم (١) .
- ٦- ولأنه إفساد حج شخصين ، فأوجب بدنتين كالوطء من رجلين . (٢) .

أدلة الشافعية :-

- ١- لأنه جماع واحد فلم يوجب أكثر من بدنة ، كحالة الإكراه (٣) .
- ٢- ولأنه حق في مال يتعلق بالوطء ، فوجب أن يختص الزوج بتحملها كالمهر (٤) .

المناقشة :-

لا يخلو إيجابكم الكفارة الواحدة من أحد أمرين : إما أن تجب على الزوج وحده ، أو تجب عليهما معاً ، فيبطل أن تجب على الزوج وحده ؛ لاشتراكهما في موجب الكفارة وهو الوطء ، ويبطل أن تجب

(١) الفروع لابن مفلح ٣ / ٣٩٠ الطبعة الرابعة لعالم الكتب ١٤٠٥ هـ .

(٢) الكافي ج ١ / ٤١٨ .

(٣) المغني ج ٥ / ١٦٨ .

(٤) الحاوي الكبير ج ٣ / ٤٢٥ - ٤٢٦ .

عليهما معاً ؛ لأنه يقتضي أن يلزم كل واحد منهما نصف كفارة ،
وهذا خلاف الأصول . (١)

الجواب :-

قولهم : لا يخلو حال الكفارة ، إما أن تجب على الزوج ، أو عليهما ،
قلنا: فيه قولان :-

أحدهما : أنها وجبت على الزوج وحده ، وهذا غير ممتنع كما يشتركان
في الوطاء ، ويختص الزوج بالتزام المهر .

والثاني : أنها وجبت عليهما ، وهذا غير ممتنع ، كما يشتركان في قتل
صيد فيكون الجزاء بينهما . (٢)

٣- القياس على كفارة الوطاء في رمضان ، قالوا : إن الأعرابي إنما سأل
عن فعل شارك فيه زوجته مع جهلها بحكمه ، فافتضى أن يكون
جوابه حكماً لجميع الحادثة ، وأنه لما كان تأخير البيان عن وقت
الحاجة لا يجوز ، ولم ينقل عنه أنه أمر المرأة بالكفارة ... دل على
أن الكفارة لا تلزمها .. (٣)

(١) الحاوي الكبير ج ٣ / ٤٢٥ - ٤٢٦ .

(٢) المصدر السابق .

(٣) المصدر السابق .

المناقشة :-

هذا قياس مع الفارق : وذلك أن الصوم لا تجب الكفارة فيه بالإفساد ؛ لأن إفساده بكل ماعدا الجماع لا يوجب كفارة ، وإنما تجب بخصوص الجماع فافترقا . ^(١)

الترجيح :-

الراجح هو قول الجمهور لما يأتي :-

- ١ - قوة أدلة الجمهور ، ومناقشة أدلة القول الثاني .
- ٢ - أن الجماع حصل في نسكين من شخصين فأوجب كفارتين .



(١) المغني ٥ / ١٧٤ .

تفصيل في مذهب الشافعية :-

قال السنوي رحمه الله : إن كانت طائعة عاملة ، فسد ، وحينئذ هل يجب على كل واحد منهما بدنة ؟ أم يجب على الزوج فقط بدنة عن نفسه ؟ أم عليه بدنة عنه وعنهما ؟

الجواب : فيه ثلاثة أقوال كالصوم ، وقطع قاطعون بإلزامها البدنة .^(١)

وقال : قلت : قال صاحب المعاينة فيمن وطئ زوجته ثلاثة أقوال :-
أحدها : تلزمه الكفارة دونها .

والثاني : تلزمه كفارة عنها .

والثالث : تلزم كل واحد كفارة .

فإذا وطئ أربع زوجات في يوم لزمه على القول الأول كفارة فقط عن الوطاء الأول ، ولا يلزمه شيء بسبب باقي الوطاءات ، ويلزمه على الثاني أربع كفارات ، كفارة عن وطئه الأول عنه وعنهما ، وثلاث عنهن لا تتبع بعض ... ، ويلزمه على الثالث خمس كفارات ، كفارتان عنه وعنهما بالوطء الأول ، وثلاث عنهن ...^(٢)

(١) روضة الطالبين ج ٣ / ١٤٠ .

(٢) المصدر السابق ج ٢ / ٣٧٥ بتصرف .

ثانياً المكرهه :-

القول الأول : لأهل المدينة وتحصيل مذهب مالك ، وقول الشافعي في الجديد ، ورواية عن أحمد ، أن المكرهه لا تلزمها كفارة ، ومتى لزمها تحملها الزوج عنها ... ^(١)

القول الثاني : أن المكرهه تلزمها الكفارة ولا يتحملها الزوج . وهذا قول الحنفية . ^(٢)

أدلة القول الأول :-

١ - قوله عليه الصلاة والسلام : [إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه] . ^(٣)

المناقشة :-

الوضع أو الرفع أو التجاوز عن الأمة هو عدم المؤاخذه ، ولا يستلزم منه عدم الجزاء ، ولا عدم القضاء ، فإن محط الحديث هو رفع الاثم لا رفع الجزاء ، وإلا لا معنى لقوله تعالى : { ومن قتل مؤمناً خطأ

(١) المدونة الكبرى ج ٣٨٢/١ ، والمغني ج ١٦٧/٥ ، والحاوي الكبير ج ٢٢٢/٤ ، والكافي ص ١٦٠ ومطالب أولى النهى ج ٣٥٠/٢ .

(٢) الحجة ج ٣٢٥/٢ .

(٣) سبق تخريجه ص ٦٢ .

فتحرير رقبة مؤمنة ، ودية مسلمة إلى أهله {^(١) ، ولا معنى لقوله : (من) نسي صلاة أو نام عنها فليصلها إذا ذكرها....) ، الحديث .^(٢)

- ٢- ولأنه جماع يوجب الكفارة ، فلم توجب حال الإكراه أكثر من كفارة واحدة ، كما في الصيام .^(٣)
- ٣- ولأنه لا يضاف إليها الفعل .^(٤)
- ٤- ولأن إفساد الحج وخدمته في حقها ، فكان عليه لإفساده حجها هدي قياساً على حججه .^(٣)

المناقشة :-

هذا لا يكون أيجب في فعل واحد كفارتان ؟ فإن قلتم : إن ذلك عليها ، إنه لينبغي أن تقولوا لها : أدي ذلك وارجعي به عليه ، وتجبرونه على ذلك ، عسى أن يدفع ذلك إليها .

(١) سورة النساء آية ٩٢ .

(٢) أخرجه بهذا اللفظ الدارمي في سننه عن أنس رضي الله عنه ، كتاب الصلاة ، باب من نام عن صلاة أو نسيها .. برقم ١٢٢٩ ج ١ / ٣٠٥ .

(٣) المغني ج ١٦٧/٥ .

(٤) المبدع ج ١٨١/٣ ، الحجة على أهل المدينة لمحمد بن الحسن الشيباني ٢ / ٣٢٦ ، ٣٢٧ بتصرف يسير ، عالم الكتب ببيروت ١٣٨٧ هـ .

فأما قولكم : أن ذلك ليس عليها ، فكيف يؤدي الإنسان عن الإنسان
لله أمراً ليس هو على المؤدى عنه ؟! هذا عندنا محال لا يستقيم ولا
يجوز (١).

٥ - القياس على الإثم فكما أنها غير آثمة فإنه لا تلزمها الكفارة (١).

المنافشة :-

هذا قياس مردود بمن قتل مؤمناً خطأ ، فإن عليه الكفارة وليس
عليه إثم ، وقتلتم أنتم في المحرم يقتل الصيد خطأ ، عليه الكفارة ولا إثم
عليه ، فكذلك قلنا نحن في المستكرهة (١).

الجواب :-

يلزمك أن تجعل كفارة على المستكرهة في شهر رمضان ، كما جعلتها
على المحرمة (١).

الرد :-

أن الأشياء تقاس بما يشابهها ، فقد اجتمعنا نحن وأنتم على أن رجلاً لو
أكل ناسياً في شهر رمضان ، أو جامع ناسياً ، أنه لا كفارة عليه ،

(١) الحجة على أهل المدينة لمحمد بن الحسن الشيباني ٢ / ٣٢٦ ، ٣٢٧ بتصرف يسير ، عالم الكتب

بيروت ١٣٨٧ هـ .

وأجمعنا نحن وأنتم أن من قتل صيداً خطأ ، وهو ناس لإحرامه أن عليه الجزاء ، فالإحرام شئ واحد ، فكما وجب الجزاء على الناسي لإحرامه الذي يقتل الصيد خطأ ، فكذلك وجب الكفارة على المستكرهه في الإحرام ، وكما لم يجب الكفارة في الناسي الذي يجامع في شهر رمضان فكذلك لم يجب ذلك على المستكرهه ، وإنما يشبه بعضها بعضاً ، والصوم شئ واحد يشبه بعضه بعضاً ، والإحرام شئ واحد يشبه بعضه بعضاً .^(١)

تعلييل وقياس للحنفية :-

التعلييل : لا ترجع بما لزمها على المكروه ؛ لأنه حصل لها استمتاع بالجماع فلا ترجع على أحد .
القياس : ولأنها كالمغرور إذا وطئ الجارية ، ولزمه الغرم ، أنه لا يرجع به على الغار وكذا هذا ..^(٢)

(١) الحجة ج ٢/٣٢٦-٣٢٧ ، بتصرف .

(٢) بدائع الصنائع ج ٣/١٣٠٠ .

الترجيح :-

- الراجح القول الأول وهو أن المكره لا تلزمها كفارة لما يلي :-
- ١- أن الإيجاب يعد اعتبار الفعل ، فلا يترتب عليه أثره شرعاً كطلاق المكره .
 - ٢- أن إيجاب الكفارة عليها مخالف للقياس ، حيث أوجبنا عليها الجزاء بجناية غيرها ، ومن الظلم أن نحمّلها جناية غيرها ، حيث حكمنا بفساد حجها ، ثم نعاقبها على تحملها بإيجاب الكفارة عليها ، هذا لا يستقيم شرعاً ، والله أعلم .



المبحث الثالث : وقت نحر هدي الفساد .

القول الأول : دم الفساد ينحر في عام القضاء ، قال به عمر بن الخطاب وعلي وأبو هريرة ، وابن عباس وابن عمر ، وسعيد بن المسيب ، وعطاء رضي الله عنهم أجمعين .^(١)
وهو مذهب المالكية والحنابلة .^(٢)

القول الثاني : أنه ينحر في عام الفساد ، وهو قول الشافعية .^(٣)
قال شيخ الإسلام : [وينحر هدي الفساد في عام القضاء نص عليه ، قال - في رواية أبي طالب - إذا وطئ وهو محرم ، أو قارن فسد حجه في سنته التي وطئ فيها ، فإن كان معه هدي نحره ، وإلا فليس عليه هدي وقد فسد حجه إلى قابل إذا حج أهدي ، وكان عطاء يقول : يعجل الهدي في هذه السنة ، فيقول : ما يدري ما يحدث له .
والذي أقول به : إن كان معه هدي نحره ، وإذا حج من قابل أهدي ، وإن لم يكن معه هدي فليس عليه حتى يحج من قابل ، وكذلك نقل الأثرم .

(١) سنن البيهقي الكبرى ج ١٦٧/٥ ، والموطأ ج ٣٤٤/١-٣٤٥ .

(٢) شرح العمدة ج ٢٥٨/٣-٢٥٩ ، ومنح الجليل ج ٣٣٢/٢ .

(٣) روضة الطالبين ج ١٨٦/٣ .

وقال القاضي : يجب إخراج الكفارة في السنة التي أفسدها ، ولا يلزمه كفارة ثانية في السنة التي يقضي فيها ، قال : ومعنى قول أحمد - في رواية الأثرم - إن كان معه هدي نحره ، ويهدي في السنة الثانية : يعني به هدياً أوجبه على نفسه ، وقوله : يهدي في السنة : يعني يكون في ذمته .^(١)

وقال محمد عlish : ونحر هدي في زمن قضاء الحج أو العمرة ، ولا يقدمه زمن إتمام المفسد فيؤخره على المشهور ، والوجوب منصب على الهدي ، وعلى كون نحره في القضاء ، ولكنه ليس بشرط ، بدليل قوله : وأجزأ إن عجل .^(٢)

أدلة القول الأول :-

- ١- أنها فتوى الصحابة رضي الله عنهم .^(٣)
- ٢- لأجل أن يجتمع له الجابر المالي ، والجابر النسكي^(٤).

(١) شرح العمدة ج ٣/٢٥٨-٢٥٩ .

(٢) منح الجليل ج ٢/٣٣٢ .

(٣) سنن البيهقي الكبرى ج ٥/١٦٧-١٦٨ .

(٤) الشرح الكبير لأحمد الدردير ٦٩/٢ دار احياء الكتب العربية .

المناقشة :-

وجوب تأخير دم الفساد إلى سنة القضاء يخالف ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام : اقضيا نسككما واهديا هديا ... وعليكما حجه أخرى ... فأحرما وأتما نسككما واهديا .^(١)

فعلى هذا يكون الهدي في سنة الفساد ، لا في سنة القضاء ، والهدي الذي في الحجة الأخرى ، هدي نسك ، وليس هدي فساد ، والله أعلم .

دليل القول الثاني :-

لم أجد لهم دليلاً ، ولكن كلامهم يوحى بفحواه ، أنها قرينة وجبت بوجود سببها ، فكان الأولى تقديمها وحصولها مع سببها .
يدل على ذلك قول النووي رحمه الله : ثم ما سوى دم الفوات يراق في النسك الذي هو فيه.^(٢)

(١) سبق تخريجه ٢٣ .

(٢) روضة الطالبين ج ١٨٦/٣ .

الترجيح :-

الراجح هو أنه يتعين في سنة الفساد لا القضاء ؛ لأنه ظاهر الحديث
كما ذكرت في المناقشة السابقة ، والله أعلم .

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات



الخاتمة :-

الحمد لله رب العالمين ، أحمدده حمد الشاكرين ، وأستغفره استغفار التائبين ، وأسأله مسألة الصالحين ، وأصلي وأسلم على سيد المرسلين ، وقائد الغر الميامين ، نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ، أزكى صلاة وتسليم ، أما بعد :-

ففي هذه الخاتمة نستعرض ما تقدم من فصول هذا البحث ، وكذلك مباحثه ، وقد قدمت له بمقدمة مناسبة ، ذكرت فيها مراتب الفقه في الدين ، ثم ذكرت سماحة الشريعة الإسلامية ، ويسرها ، ثم أهمية الموضوع ، فسبب اختياري له ، ثم ذكرت المنهج الذي سرت عليه ، والخطوة ، ثم شرحت عنوان البحث ، ثم ذكرت تعريف أصحاب المذاهب للحج ، مع التعريف اللغوي ، وبينت الملاحظ على تعريفات المذاهب ، ثم عرفت الحج حسب نظري .

ثم عرجت على الفصل الأول ، وقد تضمن مبحثين ، الأول في أثر الوطء على الإحرام ، وقد ذكرت فيه مناقشة الإمام الشوكاني رحمه الله ، للقائلين بفساد الحج بالوطء ، وقد أجبت على مناقشته ، بما فتح الله به علي ، وأما المبحث الثاني ، فهو في أثر الوطء في الدبر ، واللواط ، والبهيمة ، ذكرت الأقوال ، وفصلت مذهب أبي حنيفة رحمه الله .

وأما الفصل الثاني فقد بينت فيه أثر الاستمتاع قبل التحلل الأول ، وفيه ثلاثة مباحث ، الأول في أثر الوطء فيما دون الفرج ، ذكرت الأقوال مع المناقشة ، والترجيح ، وأما المبحث الثاني فهو في أثر المباشرة بدون وطء ، ذكرت المذاهب مع الترجيح ، والمبحث الثالث في أثر الوطء قبل التحلل الأول ، ذكرت أقوال العلماء ، مع المناقشة ، والأجوبة ، والردود ، والاعتراض ، ثم الترجيح ، ودليل الترجيح .

وأما الفصل الثالث فهو في أثر الاستمتاع بعد التحلل الأول ، وفيه مبحثان ، الأول في أثر الوطء فيما دون الفرج ، ذكرت خلاف العلماء مع المناقشة والترجيح ، ثم ذكرت الكفارة ، وأما المبحث الثاني فهو في أثر الوطء بعد التحلل الأول ، وقبل التحلل الثاني ، بينت الأقوال مع المناقشة ، والترجيح ، ومقدار الكفارة .

وأما الفصل الرابع ، فهو في أثر الاستمتاع مع الاكراه ، وعدمه ، وفيه أربعة مباحث ، الأول في أثر الوطء في حج المرأة إذا طأعت ، بينت آراء العلماء ، مع المناقشة ، والأجوبة ، والترجيح ، وأما في المبحث الثاني فبينت حكم حج المرأة إذا أكرهت ، وبينت المذاهب ، مع المناقشة ، والأجوبة ، والترجيح ، وأما المبحث الثالث فهو في أثر خروج المذي ، أو المني بتكرار النظر ، أو بنظرة واحدة ، ذكرت الخلاف فيه ، مع الترجيح ، وأما المبحث الرابع فهو في أثر وطء الجاهل

والناسي ، بينت مذاهب العلماء فيه ، مع المناقشة ، والأجوبة ،
والترجيح .

وأما الفصل الخامس فهو في الكفارة وقدرها ، وفيه ثلاثة مباحث ،
الأول في قدر الكفارة ، بينا فيه الخلاف مع الترجيح ، وأما المبحث
الثاني فهو في أجزاء كفارة واحدة عنهما ، ذكرنا المذاهب ، والأدلة ،
والمناقشة ، والأجوبة مع الترجيح ، ثم فصلنا في مذهب الشافعية ، وأما
المبحث الثالث فهو في وقت نحر هدي الفساد ، ذكرنا الأقوال ،
والأدلة ، والمناقشة ، والترجيح .

وإعلم أيها القارئ الكريم أن الفقه من أشرف العلوم ، وأنفعها ،
وأكثرها ثروة فكرية ، ومتعة عقلية ، وهو ميدان للعقول المنضبطة ،
وهو المادة الخصبة لترويض الفكر التصوري ، ويتدرب فيه الباحث على
كيفية الاحتجاج ، والاستدلال ، ومناقشة دليل الخصم ، أو نقضه ،
وينمي ملكة الجدل النافع ، المبني على طلب الحق ، فيتأصل في العقل
النظر الصحيح .

ومن أهم النتائج العامة للبحث مايلي :-

- ١ - معرفة الجهود العظيمة التي بذلها العلماء في تدوين الفقه العظيم
وتحرير مسائله .
- ٢ - الكم الهائل والمتنوع لإيراد المسائل .

- ٣- المجهود الفكري الكبير في استنباط المسائل .
- ٤- تبين طريقة علماء الأمة الكبار ، في مناقشة الأقوال ، والإجابة عليها ، وكذلك الرد ، ثم الاعتراض .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

كتبه أبو عبد الرحمن
جارالله بن عبد الرحمن بن سليمان الخطيب
٢٢/١٠/١٤١٦هـ



الفهارس العامة

● فهرس المراجع

● = الآيات

● = الحديث

● = الآثار

● = الأعلام

● = الموضوعات

قائمة المراجع

| الطبعة | الناشر | المرجع |
|----------------|-----------------------------------|------------------------------|
| الأولى ١٤١٢هـ | دار الكتب العلمية | جامع البيان في تأويل القرآن |
| الأولى ١٤٠٧هـ | دار الفكر | الجامع لأحكام القرآن للقرطبي |
| الثانية ١٤٠٧هـ | مؤسسة الرسالة | القاموس المحيط |
| ١٤١٣هـ | دار إحياء التراث العربي | لسان العرب لابن منظور |
| | المكتبة التجارية | النظم المستعذب للركي |
| الأولى | دار صادر | مسند الإمام أحمد |
| | دار الحديث | سنن أبي داود |
| | دار الكتب العلمية تحقيق أحمد شاكر | سنن الترمذي |
| الثالثة | دار البشائر الإسلامية | سنن النسائي |
| | المكتبة الإسلامية بتركيا | سنن ابن ماجه |

| | | |
|------------------------------------|-------------------------|----------------|
| سنن البيهقي | دار المعارف النعمانية | |
| سنن الدارمي | دار الكتب العلمية | |
| سنن سعيد بن منصور | الدار السلفية | |
| سنن سعيد بن منصور | دار الصمعي | الأولى ١٤١٤هـ |
| مسند أبي يعلى | دار المأمون | الأولى ١٤٠٧هـ |
| المصنف لعبد الرزاق | المكتب الإسلامي | الثانية ١٤٠٣هـ |
| تلخيص الحبير لابن حجر العسقلاني | دار المعرفة | |
| المجروحين لابن حبان | دار الوعي | الأولى |
| المراسيل لابي داود | مؤسسة الرسالة | الأولى ١٤٠٨هـ |
| تهذيب التهذيب | دار إحياء التراث العربي | الثانية ١٤١٣هـ |
| الموطأ لمالك | دار الثقافة | |
| مستدرک الحاكم | دار المعرفة | |
| سنن الدار قطني | | |
| البنية في شرح الهداية | دار الفكر | الثانية |
| الهداية شرح بداية المبتدي | | الأخيرة |
| الحجة على أهل المدينة | عالم الكتب | |
| المبسوط للسرخسي | دار الفكر | |

| | | |
|-----------------------|--------------------------------|----------------|
| الاختيار لابن مودود | دار الكتب العلمية | |
| الجامع الصغير مع شرحه | دار عالم الكتب | الأولى ١٤٠٦هـ |
| البحر الرائق | دار المعرفة | الثالثة ١٤١٣هـ |
| المناسك للدبوسي | دار المنار | |
| بدائع الصنائع | العاصمة / ١٠ أجزاء | |
| الأصل | إدارة القرآن والعلوم الإسلامية | |
| فتح القدير | دار الفكر | |
| التفريع لابن الجلاب | دار الغرب الإسلامي | ١٤٠٨هـ |
| التلقين | المكتبة التجارية | الأولى ١٤١٥هـ |
| المعونة | مكتبة الباز | الأولى ١٤١٥هـ |
| الكافي لابن عبد البر | دار الكتب العلمية | الأولى ١٤٠٧هـ |
| المدونة الكبرى | دار صادر | الأولى |
| أسهل المدارك | دار الفكر | |
| بلغة السالك | دار الكتب العلمية | الأولى ١٤١٥هـ |
| بداية المجتهد | دار الكتب العلمية | العاشر ١٤٠٨هـ |
| فتح الرحيم | دار الفكر | ١٣٩٩هـ |

| | | |
|------------------------|-------------------|----------------|
| منح الجليل | دار الفكر | ١٤٠٩هـ |
| قوانين الأحكام | دار الأقصر | ١٤٠٥هـ |
| الحاوي الكبير للماوردي | دار الكتب العلمية | الأولى ١٤١٤هـ |
| التنبية للشيرازي | عالم الكتب | |
| المهذب | دار القلم | الأولى ١٤١٢هـ |
| المجموع شرح المهذب | مكتبة الإرشاد | |
| روضة الطالبين | المكتب الإسلامي | الثانية ١٤٠٥هـ |
| كفاية الأخيار | المكتبة العصرية | الرابعة ١٤٠٩هـ |
| نهاية المحتاج | دار الفكر | الأخيرة ١٤١٤هـ |
| المغني | طبعة هجر | |
| المغني والشرح الكبير | دار الكتاب العربي | |
| المستوعب | مكتبة المعارف | الأولى ١٤١٣هـ |
| المبدع شرح المقنع | المكتب الإسلامي | |
| الفروع | عالم الكتب | الرابعة |
| التنقيح المشبع | المكتبة السلفية | الثانية ١٤٠٦هـ |
| التسهيل | دار العاصمة | الأولى ١٤١٤هـ |
| كشف القناع | عالم الكتب | ١٤٠٣هـ |

| | | |
|----------------|---------------------|------------------------------------|
| الأولى | مكتبة العبيكان | شرح العمدة لشيخ الإسلام |
| | الشيخ ابن قاسم | الفتاوى لشيخ الإسلام |
| | المكتبة السلفية | المقنع بحاشية سليمان بن عبد الوهاب |
| الثالثة ١٤٠٢هـ | المكتب الإسلامي | الكافي لابن قدامة |
| الثانية ١٤١٥هـ | | مطالب أولى النهى |
| | دار التراث | المحلى لابن حزم تحقيق أحمد شاكر |
| الأولى ١٤٠٢هـ | دار طبية | الإجماع لابن المنذر |
| الأولى ١٤١٠هـ | دار النفائس | موسوعة الثوري |
| الأولى | دار الكتب العلمية | السييل الجرار |
| الخامسة | دار المعرفة | تفسير ابن كثير |
| الأولى | دار المعرفة | فتح الباري |
| الحادية عشرة | مكتبة التوبة | الدر المنضد |
| ١٤١٨هـ | دار الكتب العلمية | البدر الطالع |
| الأولى | إحياء الكتب العربية | الشرح الكبير - مالكي |

فهرس الآيات الكريمة

| الآية | السورة | رقم الآية | الصفحة |
|-----------------------------|----------|-----------|--------|
| ياأيها الناس اتقوا ربكم | النساء | ١ | ٢ |
| ياأيهاالذين آمنوا اتقواالله | آل عمران | ١٠٢ | = |
| ياأيهاالذين آمنوا اتقواالله | الأحزاب | ٧٠ | = |
| وقل رب زدني علماً | طه | ١١٤ | ٣ |
| يريد الله بكم اليسر | البقرة | ١٨٥ | ٥ |
| فمااستمتعتم به منهن... | النساء | ٢٤ | ١٤ |
| فمن فرض فيهن الحج | البقرة | ١٩٧ | ٢١ |
| وأتموا الحج والعمرة | البقرة | ١٩٦ | ٢٧ |
| وليس عليكم جناح فيما | الأحزاب | ٥ | ٧٣ |
| ومن قتل مؤمناً خطأً | النساء | ٩٢ | ٨٧ |



فهرس الأحاديث الشريفة

| الصفحة | المخرج | الحديث |
|--------|----------------------|------------------------------------|
| ٤٨ | أبو داود | إذا رمى أحدكم جمرة العقبة |
| ٦٢ | عبد الرزاق وابن ماجه | إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان |
| ٢٣ | أبوداود في المراسيل | اقضيانسككما واهديا |
| ٤٢ | الترمذي | الحج عرفة |
| ٤٥ | الإمام أحمد في مسنده | من شهد صلاتنا هذه ووقف معنا |
| ٨٨ | الدارمي | من نسي صلاة أو نام عنها |



فهرس الآثار

| الصفحة | الأثر |
|--------|--|
| ٤٣ | إذا جامع قبل الوقوف حجه يفسد وعليه شاة |
| ٦٥ | أهرق دمأ ولا تشتمها |
| ٢١ | الرفث الجماع ولكن الله كريم يكني |
| ٥٩ | اهد ناقة ولتهد ناقة |
| ٣٦ | إذا قبل المحرم أو لمس فليهرق دمأ |
| ٢٤ | وإذا أهلا بالحج |
| ٤٩ | يحل للمحرم من امرأته كل شيء إلا هذا |
| ٥٣ | ينحران جزوراً بينهما |
| ٨٠ | ينحر بدنة |
| ٢٤ | ينفدان لوجههما حتى يقضيا حجهما |
| ٥٥ | يعتمر ويهدي |



فهرس الأعلام المترجم لهم :-

- ١- الحافظ ابن حجر العسقلاني.....٤
- ٢- الحافظ ابن كثير.....٥
- ٣- أحمد بن الحسين البيهقي.....٢٣
- ٤- شيخ الإسلام ابن تيمية.....٢٤
- ٥- إبراهيم بن علي الشيرازي.....٣٢
- ٦- موفق الدين ابن قدامة.....٣٩



فهرس الموضوعات

| | |
|---|----|
| المقدمة..... | ٢ |
| التمهيد..... | ١٣ |
| تعريف الاستمتاع لغة واصطلاحاً..... | ١٤ |
| تعريف الحج لغة ، واصطلاحاً..... | ١٧ |
| التعريف المختار..... | ١٩ |
| | |
| الفصل الأول : في أثر الاستمتاع وفيه مبحثان..... | ٢٠ |
| المبحث الأول : في أثر الوطء على الإحرام..... | ٢١ |
| مناقشة الشوكاني رحمه الله لأدلة القول الأول..... | ٢٥ |
| جواب الباحث على مناقشة الشوكاني..... | ٢٦ |
| المبحث الثاني : في أثر الوطء في الدبر واللواط والبهيمة..... | ٢٨ |
| تحرير مذهب أبي حنيفة رحمه الله..... | ٢٩ |

الفصل الثاني : في أثر الاستمتاع قبل التحلل الأول

| | |
|--|----|
| وفيه ثلاثة مباحث..... | ٣٠ |
| المبحث الأول : في أثر الوطء فيمادون الفرج وفيه مطلبان..... | ٣١ |
| المطلب الأول : في أثر الوطء إذا لم يتزل..... | ٣١ |
| المطلب الثاني : أثر الوطء إذا أنزل..... | ٣١ |

المبحث الثاني : في أثر المباشرة بدون وطء..... ٣٦

المبحث الثالث : في أثر الوطء قبل التحلل الأول..... ٤١

الفصل الثالث : في أثر الاستمتاع بعد التحلل الأول

وفيه مبحثان..... ٤٦

المبحث الأول : في أثر الوطء فيما دون الفرج..... ٤٧

المبحث الثاني : في أثر الوطء بعد التحلل الأول وقبل الثاني..... ٥٢

الفصل الرابع : في أثر الاستمتاع مع الإكراه وعدمه

وفيه أربعة مباحث..... ٥٨

المبحث الأول : في أثر الوطء في حج المرأة إذا طأعت..... ٥٩

المبحث الثاني : في أثر الوطء في حج المرأة إذا أكرهت..... ٦١

المبحث الثالث : في أثر خروج المذي ، والمني بتكرار النظر ، أو بنظرة

واحدة ، وفيه مطلبان..... ٦٥

المطلب الأول : في أثر خروج المذي..... ٦٥

المطلب الثاني : في أثر خروج المني بتكرار النظر أو بنظرة واحدة..... ٦٧

المبحث الرابع : في أثر وطء الجاهل والناسي..... ٧٠

الفصل الخامس : في الكفارة ، وقدرها ، وفيه ثلاثة مباحث..... ٧٧

المبحث الأول : في قدر الكفارة..... ٧٨

المبحث الثاني : في أجزاء كفارة واحدة عنهما

أولاً : المطاوعة ٨٢

تفصيل في مذهب الشافعية..... ٨٦

ثانياً : المكروهة ٨٧

المبحث الثالث : في وقت نحر هدي الفساد..... ٩٢

الخاتمة..... ٩٦

الفهارس..... ١٠٠



أحكام إجارة الأرض للزرع أو الغرس

بقلم

جار الله بن عبد الرحمن بن سليمان الخطيب
قاضي المحكمة العامة ببني عمرو

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

إن الحمد لله ، نحمده ونستعينه ، ونستغفره ونتوب إليه ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له ، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ، صلى الله عليه وآله وصحبه وسلم ، أما بعد :-

فإن التفقه في الدين من أعظم القربات ، وهو علامة على إرادة الله بالمرء الخير والهداية والتوفيق ؛ لقوله ﷺ (من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين) ، ^(١) ولأنه لا يستقيم دين المسلم إلا بالتفقه بما يدين الله به في عباداته ومعاملاته ، ولا يمكن أن يقوم بدوره في المجتمع على الوجه الذي يريده الله منه إلا ببناء أعماله وأقواله حسب قواعد الإسلام ومقاصد الشريعة ، التي تضمن الفوز والفلاح في الدنيا والآخرة في كل زمان ومكان ، وتضمن وحدة المجتمع عن التفكك ، وتعطي

(١) أخرجه البخاري ، والترمذي عن ابن عباس ، في كتاب العلم باب إذا أراد الله بعبد خيراً... ج ٢٨ / ٥ ،

الحصانة اللازمة ضد عوائق البناء ومعاول الهدم ، ولما كان التفقه بهذه المتزلة الرفيعة من الدين ، كانت دراسته من المعارف التي طالما خطبت ودها .

وكان سبب اختياري لهذا الموضوع هو أن الإجارة — إجارة الأرض للزرع أو الغرس — يتعامل الناس بها باستمرار وبعقود كبيرة مع أن كثيراً منهم يجهل أحكام إيجارتها وشروطها ، وما يترتب على إطلاق العقود فيها ، بالإضافة إلى ارتياحي لهذا الموضوع ، وكونه خصباً يتمكن الباحث فيه من المناقشة ، والاستدلال ، والنظر ؛ لذا أحببت أن استخلص بعض ما ذكره العلماء في هذا الموضوع ، مستعيناً على كتابته بالله وحده ، فهذا الموضوع شأنه شأن جميع المعاملات التي فيها عقود ، تكثر صورها ، ويحتاج تحريرها وتأصيلها إلى بعض الدقة ، والتحري ، فقد يبدو أن هذا العقد داخل تحت أصل ما ، ثم بعد التأمل يظهر أن أصله غير ذلك ، ظهر لنا ذلك مع بعض الزملاء ، عندما كنا طلاباً في المعهد العالي للقضاء ، فقد بينت لبعضهم أن دخول بعض الشروط ، أو خروجها عن صورة العقد الأصلي ، لا يغير أصله في العقد الجديد ، فهو صورة جديدة له .

أهمية الموضوع :-

وأما عن أهمية البحث فأهميته هي السبب الآنف الذكر ، الذي جعلني اختاره ، وهو أنه لا ينفك عن معاملات بعض الناس ، الذين ينفقون فيه أموالاً كبيرة ، بالإضافة إلى الرغبة الخاصة في ذلك .

وأما ما يخص منهجي في هذا البحث فيمكن تلخيصه فيما يلي :-

أولاً: اعتمدت ذكر المذاهب الأربعة فقط ، وقد اقتصر على ذكر بعضها إذا لم أجد المسألة في كتب المذهب الآخر .

ثانياً : الأصل أني أذكر الأدلة لكل مذهب من كتبه المعتمدة ، وأحياناً لا أجد لهم دليلاً إلا في كتب المذاهب الأخرى فأنقلها من مصدرها ، وتعتبر عندي أدلة من الدرجة الثانية ، وقد أضيف دليلاً من عندي وعلامة ذلك عدم نسبته لأحد ، وكل شيء لا أوثقه فهو إضافة من عندي .

ثالثاً : حرصت على ذكر مناقشة الأقوال غالباً ؛ لأنها تبين وجه الاستدلال ، وتربي الملكة الفقهية ، وفيها تدريب على المناظرة .

رابعاً: اعتمدت من كتب المذاهب أحسنها عرضاً للمسألة في نظري ، وإن كان المؤلف متأخراً ؛ لأن البسط المفهم خير من العرض المبهم .

خامساً: رأيت التقليل من المراجع هو الأفضل ، إلا إذا كانت هناك فائدة مهمة ؛ لأن المقصود يحصل ببعضها .

سادساً: إذا نقلت من مصدر واحد في صفحة واحدة أكثر من مرة ، جعلت له رقماً واحداً ، يبين مواضع النقل في الحاشية ؛ وذلك حتى لا تتضخم الحاشية بتكرير نفس المصدر .

سابعاً: جعلت الآيات بين قوسين {...} وذكرت السورة ورقم الآية في صلب البحث ، وأما الأحاديث فجعلتها بين قوسين (...) وذكرت من خرجها في الحاشية ، ثم إذا كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما اكتفيت بتخريجه من أحدهما .

ثامناً: لقد تعمدت اختصار البحث حتى لا يطول ويكون مملاً ؛ ولأن ما قل وأفاد خير من الإطالة والحشو من غير فائدة .



خطة البحث :-

وأما عن خطة البحث فقد جاءت في ثمانية فصول قبلها مقدمة فتمهيد وبعدها خاتمة ثم فهرس ، على النحو التالي :-

الفصل الأول:-

في أقسام الأرض المؤجرة للغرس أو الزرع من حيث وجود الماء وعدمه .

وفيه ثلاثة مباحث:-

المبحث الأول : في إجارة الأرض التي تشرب من زيادة معتادة .

المبحث الثاني : في إجارة الأرض التي لا ماء لها .

المبحث الثالث : في ذكر الأقسام الأخرى وفيه أربعة مطالب :-

المطلب الأول : أن يكون للأرض ماء دائم .

المطلب الثاني : أن يكون بمجيء الماء نادراً .

المطلب الثالث : في الأرض التي لا ماء لها .

المطلب الرابع : أن تكون الأرض غارقة بالماء .

الفصل الثاني:-

في اختيار المستأجر لنوع المزروع .

وفيه ثلاثة مباحث:-

المبحث الأول : في تأجير الأرض للزراع مطلقاً .

المبحث الثاني : في تأجير الأرض لزراع معين .

المبحث الثالث : في تأجير الأرض لزراع معين مع اشتراط عدم زرع غيره .

الفصل الثالث:-

في مدة إجارة الأرض للزراع أو الغرس وأسباب انتهاء المدة .

وفيه مبحثان :-

المبحث الأول : في مدة إجارة الأرض للزراع أو الغرس .

وفيه مطلب واحد : في أقل مدة الإجارة وتحديد

السنة الزراعية .

المبحث الثاني : في أسباب انتهاء مدة إجارة الأرض وفيها زرع .

الفصل الرابع:-

في ثمن إجارة الأرض للزراع أو الغرس
وفيه مبحث واحد : في اختلاف العلماء في المسألة .

الفصل الخامس:-

في بيع المستأجر ما زرعه أو غرسه على غير صاحب الأرض
وفيه مبحثان :-

- المبحث الأول : في بيعها لغير صاحب الأرض .
- المبحث الثاني : في حكم بيع حق الاختصاص .

الفصل السادس:-

- في دخول الخيارات عقد الإجارة وفيه ثلاثة مباحث :-
- المبحث الأول : في دخول خيار الشرط عقد الإجارة .
- المبحث الثاني : في دخول خيار الرؤية عقد الإجارة .
- المبحث الثالث: في دخول خيار المجلس عقد الإجارة .

الفصل السابع:-

في انتهاء إجارة الأرض للزرع أو الغرس

وفيه مبحثان :-

المبحث الأول : في انتهاء عقد الإجارة بالموت .

وفيه مطلب في حالة موت أحد المتعاقدين وفي الأرض

زرع .

المبحث الثاني : في انتهاء عقد إجارة الأرض للزرع أو الغرس

بالأعذار .

الفصل الثامن:-

في الضمان بعد إجارة الأرض للزرع أو الغرس

وفيه مبحثان في كل مبحث مطلب .

المبحث الأول : في حالة إطلاق العقد هل يلزم المؤجر ضمان الغرس إذا

اختار قلعه ؟

وفيه مطلب في الخيارات التي تلزم صاحب الأرض .

المبحث الثاني : في ضمان المستأجر لمنفعة الأرض إذا وقعت بعقد فاسد .

وفيه مطلب في لزوم المستأجر تسوية الأرض .

ثم ختمت هذه الفصول بخاتمة استعرضت فيها ما جاء في البحث من مسائل ، وختمتها بأهم النتائج ، ثم صنعت لكل ذلك فهرس تبين مواطن المباحث والمسائل ونحو ذلك .

والحمد لله ، أولاً وآخراً ، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه .

كتبه أبو عبد الرحمن

جارالله بن عبد الرحمن الخطيب



التمهيد:—

وفيه خمسة مطالب :-

المطلب الأول : في شرح ترجمة البحث .

المطلب الثاني : في تعريف الإجارة لغة وشرعاً .

المطلب الثالث : في مشروعية الإجارة وفيه مسألتان .

المطلب الرابع : في أركان وشروط الإجارة وفيه ثلاث مسائل .

المطلب الخامس : في صفة عقد الإجارة .

المطلب الأول : في شرح ترجمة البحث .

أولاً : المعنى الإفرادي لترجمة البحث .

أحكام : جمع حكم ، والحكم بالضم : القضاء ، وقد حكم عليه بالأمر حكماً وحكمة ..^(١)

قال في المصباح المنير : وأصله المنع يقال : حكمت عليه بكذا إذا منعته من خلافه فلم يقدر على الخروج من ذلك ، وحكمت بين القوم فصلت بينهم ..^(٢)

إجارة : سيأتي معناها في المطلب التالي إن شاء الله .

الأرض : مؤنثة : اسم جنس ، أو جمع بلا واحد ، ولم يسمع أرضه جمع : أرضات وأروض وأرضون وآراض ، والأراضي غير قياسي ، وأسفل قوائم الدابة وكل ما سفلى ...^(٣)

الزروع : المزروع ، جمعه : زروع ، وموضعه المزرعة .^(٣)

الغرس : المغروس ، جمعه : أغراس وغراس ... بالكسر : وقت الغرس وما يغرس من الشجر .. والغريسة : النخلة أول ما تنبت .^(٣)

(١) القاموس المحيط ص ١٤١٥ .

(٢) المصباح المنير ص ٥٦ .

(٣) القاموس المحيط ٨٢٠ ، ٩٣٦ ، ٧٢٣ .

ثانياً : الحكم في اصطلاح الأصوليين :-

قال في الإحكام : [أما حقيقته فقد قال بعض الأصوليين : إنه عبارة عن خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين ، وقيل : إنه عبارة عن خطاب الشارع المتعلق بأفعال العباد .

وهما فاسدان ؛ لأن قوله تعالى { والله خلقكم وما تعملون } (سورة الصافات آية ٩٦)

وقوله تعالى { خالق كل شئ .. } (سورة الأنعام آية ١٠٢) ، خطاب الشارع وله تعلق بأفعال المكلفين والعباد ، وليس حكماً شرعياً بالاتفاق .

وقال آخرون : إنه عبارة عن خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين ، بالاقتضاء أو التخيير ، وهو غير جامع ؛ فإن العلم بكون أنواع الأدلة حججاً ، وكذلك الحكم بالملك ، والعصمة ونحوه ، أحكام شرعية وليست على ما قيل فالأقرب أن يقال في حد الحكم الشرعي : إنه خطاب الشارع المفيد فائدة شرعية ^(١) .

يناقش هذا التعريف : بأنه غير مانع ، حيث أن قوله تعالى { قل كونوا حجارة أو حديداً } (سورة الإسراء آية ٥٠) و { ... قلنا لهم كونوا قردة خاسئين } (سورة الأعراف آية ١٦٦) ، خطاب الشارع ، ومفيد فائدة شرعية ، وليس حكماً شرعياً .

(١) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ج ١ / ١٣٦ .

والتعريف المختار ما ذكره الشوكاني ، وهو [خطاب الله تعالى ،
المتعلق بأفعال المكلفين ، اقتضاء ، أو تخيراً ، أو ضعاً ،] ^(١)

ثالثاً : المعنى الجملي لترجمة البحث :-

في هذا البحث سنذكر إن شاء الله أحكام نوع من أنواع الإجازات ،
وهو إجازة الأرض للزرع أو الغرس .

وهذه الأحكام تختلف باختلاف ما تتضمنه العقود من قيود ،
وشروط ، ومدد ، وتختلف باختلاف حال العاقد والمعقود عليه ؛ ولهذا
قلنا أحكام ولم نقل حكم .

وقلنا الأرض : وهي جنس يشمل جميع أنواع الأرض ، وهو من العام
المختص ، وهي الأرض الصالحة للزراعة ، غير الجنادل والسبخة
ومستنقعات المياه .

وأما الزرع : فهو جنس أيضاً لجميع ما يزرع من الحبوب وغيرها من
أنواع القثاء والتوابل ونحوها ، وما يزرع للتجميل ، أو الشم كالزهور ؛
فهو من العام المراد به العموم .

(١) إرشاد الفحول للشوكاني ص ٦ ط ، الأولى مطبعة مصطفى الحلبي .

والغرس : يشمل أيضاً جميع ما يغرس سواءً كان مثمراً — كالنخل
وشجر الفاكهة — أم لم يكن مثمراً ، كأشجار الظل والزينة ،
والله أعلم ، وأحكم .



المطلب الثاني : في تعريف الإجارة لغة وشرعاً :-

الإجارة لغة : [من أجزر يأجز ، وهو ما أعطيت من أجر في عمل .
والأجزر : الثواب ، وقد أجره الله يأجزه ويأجزه أجراً وآجره الله إيجاراً .
وأُتجزر الرجلُ : تصدق وطلب الأجر ، وآجره يُؤجزه إذا أثابه وأعطاه
الأجر والجزاء ، والأمر منهما آجزني وأجزني . وأجزر المملوك يأجزه
أجزراً ، فهو مأجور ، وأجره يؤجره إيجاراً ومؤاجرةً ، وآجرت عبدي أو
جزره إيجاراً ، فهو مؤجز ، وآجرت الأمة البغية نفسها مؤاجرةً : أباحت
نفسها بأجر ، وأجر الإنسان واستأجر . والأجير : المستأجر ، وجمعه
أجراء .

والاسم منه : الإجارة . والأجرة : الكراء . تقول : استأجرت الرجل
فهو يأجزني ثمانى حجج ، أي : يصير أجيري . وأرى ثعلباً حكى
الأجارة بالفتح [(١)] .

(١) لسان العرب مادة (أجز)

الإجارة شرعاً :-

أولاً الحنفية :-

قالوا : [هي بيع منفعة معلومة بأجر معلوم .

شرح التعريف : يعني الإجارة شرعاً تمليك منفعة بعوض ، فخرج البيع والهبة والعارية والنكاح ، فإنه استباحة المنافع بعوض لا تمليكها ، وأشار المصنف رحمه الله تعالى إلى : أن عقد الإجارة ينعقد بإقامة العين مقام المنفعة ، في حق الانعقاد لا في حق الملك ؛ لأن العقد لا بد له من محل ؛ لأنه شرط للصحة لقول الفقهاء : المحالُّ شروط ، ومحل العقد هنا المنافع ، وهي معدومة ، والمعدوم لا يصلح محلاً فجعلت الدار محلاً ، بإقامتها مقام المنافع ، ولهذا لو أضاف العقد إلى المنافع لا يجوز ، بأن قال : أجرتك منافع هذه الدار شهراً بكذا ، وإنما يصح بإضافته إلى العين ، والمراد من انعقاد العلة ساعة فساعة في كلام مشايخنا على حسب حدوث المنافع : هو عمل العلة ونفاذها في المحل ساعة فساعة ؛ لا إرتباط الإيجاب والقبول كل ساعة ، وإن كان ظاهر كلام مشايخنا يوهم ذلك ، والحكم تأخر من زمان انعقاد العلة إلى حدوث المنافع ساعة فساعة ؛ لأن الحكم قابل للتراخي كما في البيع بشرط الخيار ، ثم عقد الإجارة على ما عرف في أصول الفقه : علة اسماً ؛ لإضافة الحكم إليه ، ومعنى لكونه مؤثراً ، لا حكماً لتراخي الحكم عنه ، كذا في غاية البيان ، وبهذا تبين أن تعريف المصنف أولى من تعريف بعضهم

بقولهم : عقد على المنافع بعوض ، لما علمت أنها عقد على العين وإنما المملوك المنافع ، والمراد من المنفعة : المنفعة المقصودة من العين .^(١)
وفي الجوهرة النيرة : [الإجارة عقد على المنافع بعوض مالي ، يتحدد انعقاده بحسب حدوث المنافع ، ساعة فساعة] .^(٢)
ثانياً المالكية :-

قال بعضهم الإجارة عرفاً : عقد معاوضة على تمليك منفعة بعوض .
شرح التعريف : خرج بقوله : عقد معاوضة : الوقف والعُمري والاستخدام والإيضاء والإعارة ، وبقوله : على تمليك منفعة : خرج البيع فإنه معاوضة على تمليك ذات ، وهبة الثواب .
قوله : بعوض : متعلق بمنفعة ، أي : تمليك لمنفعة في نظير مقالة عوض ، وفي الحقيقة متعلق بمحذوف صفة لمنفعة ، أي : كائنة ومجعولة في نظير العوض . وقصد بذلك إخراج النكاح والجعل ، فالمنفعة في الإجارة تكون في نظير العوض حتى لو حصل مانع من إتمامه رجع للمحاسبة ، ولا كذلك النكاح والجعل .

وفي بلغة السالك : محصل هذا أن الإجارة هي عقد معاوضة على تمليك منفعة كائنة ومجعولة في نظير عوض ، أمداً معلوماً أو قدراً معلوماً ، فإن حصل مانع قبل تمام الأمد أو القدر رجع للمحاسبة ... وهذا

(١) البحر الرائق ج ٧ / ٢٩٧ .
(٢) الجوهرة النيرة على مختصر القدوري ج ١ / ٣١٥ .

التعريف شامل للكرء وكان عليه أن يزيد بعد قوله : بعوض :
غير ناشئ عنها ، ليخرج القراض ، والمساواة ، فإن العوض ناشئ عن
المنفعة ... [(١)]

ثالثاً الشافعية :-

قال الشافعية : [الإجارة شرعاً : عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة
للبدل والإباحة بعوض معلوم . (٢)]

شرح التعريف :-

قوله : عقد على منفعة الخ : ذكر سبعة قيود ، خرج بقوله : على
منفعة : العقد على العين . وبقوله : مقصودة : التافهة كالشم لنحو
تفاحه كأترجة فلا يصح استئجار ذلك ، وبقوله : معلومة : المنفعة
والجعالة ، فإن رد العبد والربح غير معلومين وإن كانا مقصودين .
وبقوله : قابلة للبدل : أي الإعطاء للغير منفعة ، نحو الكلب .
وبقوله : قابلة للإباحة : منفعة البضع ، فلا يصح إجارة الإماء للوطء .
وبقوله : بعوض : العقد على منفعة مقصودة معلومة بلا عوض ، كهبة
المنافع والوصية بها وإعارتها ، وهو متعلق بعقد ، أي : عقد كائن

(١) بلغة السالك ج ٣/٤٦٧ .

(٢) زاد المحتاج بشرح المنهاج ج ٢/٣٦٧

بعوض . وبمعلوم العوض : المجهول كما في المساقاة ، والجعالة على عمل معين بعوض مجهول كالحج بالرزق [(١)] .

رابعاً الحنابلة :-

قال الحنابلة : [الإجارة شرعاً : بذل عوض معلوم ، في منفعة معلومة ، من عين معينة ، أو موصوفة في الذمة ، أو في عمل معلوم . وقيل : ليس بمانع ؛ لدخول الممر ، وعلو بيت ، والمنافع المحرمة . انتهى .

يعنى : إذا بيع الممر وعلو بيت . فانهما منفعتان .

قلت : لو زيد فيه (مباحة مدة معلومة) لسلم . [(٢)]



(١) تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب ج ٨٣/٢ .

(٢) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج ٣/٦ .

مناقشة تعاريف عقد الإجارة :-

يلاحظ على تعريف الحنفية المذكور ، أنهم لم يذكروا إمكانية البذل ، ولا الإباحة ، ولا مدة الإجارة ، ويجعلون العقد ينصب على العين ، حيث أن العقد على المعدوم خلاف القياس ، فيكون لا محل للعقد إلا العين ، ونقول : ليس جعل الأصل عدم جواز العقد على المعدوم ، بأولى من عكسه .

وقد ذكر الكاساني ، وغيره من الفقهاء رحمهم الله - وخاصة الحنفية - أن المحال شروط عند العلماء ، وهذا صحيح ، وهو من الأسباب التي جعلت الحنفية يقررون ما تقدم ، لكنه لا يلزم إطراده في هذا العقد ؛ لأنه أصل ورد على صفة معينة من الشارع ، فلا ينقض القاعدة .
وأما قولهم [يتجدد انعقاده بحسب حدوث المنافع ساعة فساعة] فهذا لا حاجة إليه إلا بناء على أصلهم ؛ لأن العقد مبني على الإمكانية ، لا على التحقق حالاً .

وقول من فسر هذه الجملة بأن معناها : هو [عمل العلة ، ونفاذها في المحل ساعة فساعة ...] قول فيه تكلف ظاهر .

ويتميز تعريف الحنفية المذكور بذكر كلمة (بيع) حيث تبين أن أصل عقد الإجارة ، عقد بيع ، فتكييفه ، هو عقد بيع للمنافع .

ويلاحظ على تعريف المالكية المذكور أن فيه تكراراً ، حيث أن المعاوضة لا تكون إلا بعوض .

وقول صاحب البلغة [عقد معاوضة على تملك منفعة ، كائنة ، ومجعولة ...]

فيه إطالة وتكرير في المعنى ، وتفصيل بحيث يصلح أن يكون شرحاً للتعريف ، وليس تعريفاً ، وهذا خلاف المتبع في صياغة الحدود ، والتعاريف ، وهذا ظاهر في كتب المالكية رحمهم الله .

ويلاحظ على تعريف الشافعية المذكور ، عدم ذكر تحديد مدة الإجارة ، وكذلك تحديد العين ، ويتميز بذكر إمكانية البذل ، وليس تحققه ، كما هو معلوم من الإجارة ، وبذكر الإباحة .

وأما تعريف الحنابلة المذكور فينقصه ذكر الإباحة ، كما ينقصه ذكر كلمة (عقد) ، فهي أقرب للإجارة من البذل ، وينفرد بذكر إمكانية إجارة الموصوف في الذمة .

التعريف المختار :-

التعريف المختار هو الجمع بين تعريف الشافعية ، وتعريف الحنابلة ،
فنقول وبالله التوفيق ، الإجارة : هي عقد على منفعة معلومة ، مقصودة
مباحة ، في مدة معلومة ، من عين معينة ، أو موصوفة في الذمة .
وقد مضى ذكر محترزات التعريف .



المطلب الثالث : في مشروعية الإجارة وفيه مسألتان :-

المسألة الأولى : في حكم الإجارة .

اختلف العلماء في حكم الإجارة على قولين :-

القول الأول : أنها جائزة قال به جمهور العلماء من الصحابة رضي الله عنهم والتابعين ، واستند هذا القول على الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والنظر الصحيح .^(١)

أولاً الكتاب :-

قال تعالى { فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ } (سورة الطلاق آية ٦) .

وقال تعالى { قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبْتَ اسْتَأْجِرْهُ إِنْ خَيْرٌ مِنْ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيَ الْأَمِينُ ، قَالَ إِنْ أَرِيدُ أَنْ أَنْكَحَكَ إِحْدَى ابْنَتِي هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجِرَنِي ثَمَانِي حَجَجٍ فَإِنْ أَتَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ .. } (سورة القصص آية ٢٦ - ٢٧) .

قال في الجامع : دليل على أن الإجارة كانت عندهم مشروعاً ، وكذلك كانت في كل ملة ، وهي من ضرورة الخليفة ، ومصلحة الخلطة بين الناس خلافاً لبعضهم حيث كان عن سماعها أصم .^(١)

(١) الجامع لأحكام القرآن ج ١٣ / ٢٧١ ؛ بدائع الصنائع ج ٥ / ٢٥٥٤ ؛ الحاوي الكبير للماوردي ج ٧ / ٣٨٨ ؛ المغني ج ٨ / ٥ .

وقال تعالى { فوجدنا فيها جداراً يريد أن ينقض فأقامه ، قال لو شئت
لاتخذت عليه أجراً.. } (سورة الكهف آية ٧٧)

ثانياً السنة :-

- أ- روى في الصحيح عن عائشة رضي الله عنها (واستأجر النبي ﷺ وأبو بكر رجلاً من بني الدليل هادياً خريئاً دفعاً إليه راحلتيهما ، ووعده غار ثور بعد ثلاث ليال ..) الحديث . (١)
- ب- وروي في الصحيح أيضاً : أن رسول الله ﷺ : نهى عن المزارعة وأمر بالمؤاجرة ، وقال : لا بأس بها . (٢)

الإجماع :-

قال في بدائع الصنائع : [وأما الإجماع فإن الأمة أجمعت على ذلك قبل وجود المخالف ، حيث يعقدون عقد الإجارة من زمن الصحابة رضي الله عنهم إلى يومنا هذا من غير نكير فلا يعبأ بخلافه ، إذ هو خلاف الإجماع] . (٣)

(١) رواه البخاري في كتاب الإجارة باب استئجار المشركين عند الضرورة ، فتح الباري ج ٤/٤٤٢ .

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٠/٢٠٧ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٥/٢٥٥٦ .

ثالثاً النظر :-

وفي الحاوي الكبير : [ولأن الحاجة إلى الإجارة داعية ، والضرورة إليها ماسة ؛ لأنه ليس كل من أراد عملاً قدر عليه بنفسه ، ولا إن قدر عليه حسن به ، كما أنه ليس كل من أراد طعاماً لمأكله وثياباً للملبسه قدر على عمله بنفسه ، وعلى إحداثه وإنشائه فدعت الضرورة إلى الإجارة على المنافع كما دعت الضرورة إلى ابتياع الأعيان ثم كان البيع جائزاً فكذا الإجارة] .^(١)

القول الثاني : قال به بعض السلف ، أنها باطلة واستدلوا بالأثر والنظر .

أولاً الأثر :-

حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال : (نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصة وعن بيع الغرر) .^(٢)

(١) الحاوي الكبير للماوردي ج ٣٩٠/٧
(٢) صحيح مسلم بشرح النووي . كتاب البيوع ج ١٠/١٥٧

ثانياً النظر :-

- قالوا : والغرر يدخل عقد الإجارة من وجوه شتى منها :-
- أ - أن المنافع المستقبلية غير مخلوقة والعقد على ما لم يخلق باطل . ^(١)
- ب- أن العقد يتوجه إلى عين حاضرة ترى ، أو غائبة توصف ، وليست المنافع أعياناً حاضرة ولا غائبة فلم يصح العقد عليها . ^(٢)
- ج- أن منافع العبد المعقود عليه قد تختلف بحسب اختلاف قوته وضعفه ونشاطه وكسله . ^(٣)

مناقشة هذه الأدلة :-

قال الشافعي رحمه الله : وهذا قول جهل ممن قاله ، والإجازات أصول في أنفسها بيوع على وجهها ، والدلالة على جوازها قوله تعالى { فإن أَرْضَعْنَكُمْ فَآتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ .. } (سورة الطلاق آية ٦)

قال الشافعي : فأجاز الإجارة على الرضاع ، والرضاع يختلف بكثرة رضاع المولود وقلته ، وكثرة اللبن وقلته ، ولكن لما لم يوجد فيه إلا هذا جازت الإجارة عليه ، وإذا جازت عليه جازت على مثله ، وما هو في مثل معناه .. ^(٣)

(١) الحاوي الكبير ج ٣٨٨/٧ ؛ بدائع الصنائع ج ٢٥٥٤/٥ ؛ المغني ج ٦/٨ .

(٢) الحاوي الكبير للماوردي ج ٣٨٨ / ٧

(٣) المصدر السابق .

الترجيح :-

القول الراجح هو قول الجمهور ، وهو القول بجواز الإجارة .

أدلة الترجيح :-

١ - ثبوت عقد الإجارة في الكتاب ، والسنة .

٢ - أنها عقد لا بد منه لتحقيق مصالح الناس .

أما قولهم : [أن المنافع المستقبلية غير مخلوقة ، والعقد على ما لم يخلق باطل]

يعني : أن الأصل عدم جواز العقد على غير الموجود ، فنقول كما قال الشافعي رحمه الله : أنها أصول في نفسها .

وهو معنى قولنا : ليس جعل الأصل عدم جواز العقد على المعدوم ، بأولى من عكسه .



المسألة الثانية :-

اختلف القائلون بالجواز وهم الجمهور هل الإجارة مشروعة على وفق القياس أم لا ؟

القول الأول : قال به الجمهور وهو أنها شرعت على وفق القياس واستدلوا بما سبق .

القول الثاني : قال به جمهور الحنفية ، وبعض الحنابلة ، وهو أنها شرعت على خلاف القياس^(١) .

واستدلوا على ذلك بأدلة القائلين بعدم جواز الإجارة .
قال في بدائع الصنائع بعد قول بعضهم : [والقياس ما قاله ؛ لأن الإجارة بيع المنفعة والمنافع للحال معدومة ، والمعدوم لا يحتمل البيع فلا يجوز إضافة البيع إلى ما يؤخذ في المستقبل ، كإضافة البيع إلى أعيان تؤخذ في المستقبل ، فإذا لا سبيل إلى تجويزها لا باعتبار الحال ، ولا باعتبار المآل ، فلا جواز لها رأساً ، لكننا استحسنا الجواز بالكتاب العزيز والسنة والإجماع] ثم قال بعد ذكر أدلة الجواز : [وبه تبين أن القياس متروك ؛ لأن الله تعالى إنما شرع العقود لحوائج العباد وحاجتهم

(١) بدائع الصنائع ج ٥/٢٥٥٤ - ٢٥٥٦ مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ج ٣/٥٨١ .

إلى الإجارة ما ستهم فجوزت بخلاف القياس ؛ لحاجة الناس كالسلم ونحوه .^(١)

وقال في غاية المنتهى لما ذكر ثبوت الإجارة بالكتاب والسنة والإجماع ، قال : وهي ، أي : الإجارة ، والمساقاة ، والمزارعة ، والعرايا ، والشفعة ، والكتابة ، والسلم ، والجعالة ، من الرخص المستقر حكمها على خلاف القياس . إهـ .

قال الشارح : فالغرر في الإجارة ؛ لكونها عقداً على منفعة لم تخلق .^(٢)

مناقشة أدلة القول الثاني :-

قال الإمام ابن القيم في إعلام الموقعين : [وأما الإجارة فالذين قالوا هي على خلاف القياس ، قالوا : هي بيع معدوم ؛ لأن المنافع معدومة حين العقد ، ثم لما رأوا الكتاب قد دل على جواز إجارة الظئر للرضاع بقوله { فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن } .

قالوا : إنها على خلاف القياس من وجهين :-

أحدهما : كونها إجارة .

والثاني : أن الإجارة عقد على المنافع ، وهذه عقد على الأعيان .

(١) بدائع الصنائع ج ٥ / ٢٥٥٤ - ٢٥٥٦ .

(٢) مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ج ٣ / ٥٨١ .

ومن العجب أنه ليس في القرآن ذكر إجارة جائزة إلا هذه ، وقالوا : هي على خلاف القياس ، والحكم إنما يكون على خلاف القياس إذا كان النص قد جاء في موضع يشابهه بنقيض ذلك الحكم فيقال : هذا خلاف قياس ذلك النص ، وليس في القرآن ولا في السنة ذكر فساد إجارة ، شبه هذه الإجارة ، ومنشأ وهمهم ظنهم أن مورد عقد الإجارة لا يكون إلا منافع هي أعراض قائمة بغيرها ، لا أعيان قائمة بنفسها ، ثم افترق هؤلاء فرقتين :-

فقال فرقة : إنما احتملناها على خلاف القياس لورود النص ، فلا نتعدى محله ، **وقالت فرقة:** بل نخرجها على ما يوافق القياس ، وهو كون المعقود عليه أمراً غير اللبن ، بل هو إقام الصبي الثدي ووضعه في حجر المرضعة ، ونحو ذلك من المنافع التي هي مقدمات الرضاع ، واللبن يدخل تبعاً غير مقصود بالعقد ، ثم طردوا ذلك في مثل ماء البئر والعيون التي في الأرض المستأجرة ، وقالوا : يدخل ضمناً وتبعاً ، فإذا وقعت الإجارة على نفس العين والبئر لسقي الزرع والبستان قالوا : إنما وردت الإجارة على مجرد إدلاء الدلو في البئر وإخراجه ، وعلى مجرد إجراء العين في أرضه ، مما هو قلب للحقائق ، وجعل المقصود وسيلةً ، والوسيلة مقصودةً ؛ إذ من المعلوم أن هذه الأعمال إنما هي وسيلة إلى المقصود بعقد الإجارة ، وإلا فهي بمجرد ما ليست مقصودة ، ولا

معقوداً عليها ، ولا قيمة لها أصلاً ، وإنما هي كفتح الباب ، وكقود الدابة لمن اكرى داراً أو دابة . [(١)]

القول الراجع :-

الذي يترجح لدي بعد النظر في أدلة الفريقين ، هو أن الإجارة جائزة ، وأنها شرعت على وفق القياس .

أدلة الترجيح :-

- ١- أنه ورد جوازها بالنص ، الذي لا يشابهه ممنوع بصفة ، ولا علة .
- ٢- أنه عقد جاء على صفة معينة من الشارع ، فلا يجوز حمله على غير القياس ، حيث أنه أصل مستقل بنفسه .
- ٣- تقرير أن الأصل عدم جواز بيع المنافع المعدومة ، غير مسلم ، حيث أنه ليس بأولى من عكسه .

(١) إعلام الموقعين ج ٣/٢

الفرق بين القولين :-

الذين قالوا إنها ليست على وفق القياس ، يرون أنها رخصة استقر حكمها على خلاف الأصل ، للحاجة والضرورة الماسة ؛ لأن الأصل عندهم عدم بيع المعدوم ، وهي المنفعة التي لم تحصل بعد .
وأما القول الآخر فقالوا : هي على وفق القياس ، فهم يرون أنها جائزة مطلقاً كغيرها من العقود المباحة ، فهي أصل مستقل .

ثمرة الخلاف :-

إذا قلنا بأن عقد الإجارة على خلاف القياس ، لم يجز القياس عليها حيث أنها رخصة شرعت للضرورة ، فلا يقاس عليها .
وأما من قال : بل هو عقد على وفق القياس ، فيجيز القياس عليه ؛ لأنه أصل مستقل ، فيقاس عليه كغيره من الأصول ، هذا ما ظهر لي ، والله أعلم .



المطلب الرابع : في أركان وشروط الإجارة ، وفيه ثلاث مسائل :-

المسألة الأولى في أركان الإجارة :-

قال الحنفية : وأما ركنها فهو الإيجاب والقبول ، والارتباط بينهما .^(١)

وقال المالكية : للإجارة خمسة أركان :-

الأول : المنفعة .

والثاني : المؤجر .

والثالث : المستأجر .

والرابع : العوض .

والخامس : الصيغة .^(٢)

وقال الشافعية : أركانها أربعة :-

الأول : العاقدان .

والثاني : الصيغة .

والثالث : الأجرة .

والرابع : المنفعة.^(٣)

(١) البحر الرائق ج ٣/٨ .

(٢) الخرشي على مختصر خليل ج ٢/٤ .

(٣) روضة الطالبين ج ١٧٣/٥ .

وقال الحنابلة : وأركان الإجارة : ثلاثة :-

الأول : العاقدان .

الثاني : العوضان .

الثالث : الصيغة .^(١)

شرح الأركان :-

قال في بدائع الصنائع : [وأما شرائط الركن فأنواع :-

بعضها شرط الانعقاد .

وبعضها شرط النفاذ .

وبعضها شرط الصحة]^(٢)

المقصود من النوع الأول : العقل ، التمييز ، والحرية ، فلا بد منها ، ولا

يشترط الإسلام ؛ لأنها من عقود المعاوضات كالبيع .

وأما النفاذ فيشترط له استقرار الملكية ، أو الولاية ، ومثل بيع تصرف

من لا يملك ، يوقف على إجازة من له الحق في ذلك .

(١) شرح منتهى الإرادات ج ٢/٢٤١ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٥/٢٥٦٠ .

وأما شرط الصحة ، فلا بد من تحقق الرضا الكامل بين المتعاقدين ؛ لأن الناقص مظنة الخلاف ، ومظنة الشيء في الشريعة تنزل منزلة ، وقلنا بالرضا قياساً على البيع ؛ لأن الإجارة ضرب من البيع ، فهي بيع منافع ، قال الله تعالى { إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم } ، (جزء آية ٢٩ من سورة النساء) .

يلاحظ أننا لم نذكر معنى الركن لغة ، ولا اصطلاحاً ، وهذا مقصود ، حيث أن فقه الركن يعتمد على فهم شروطه ، والإمام الكاساني رحمه الله قد شرح فقه الركن ، بإسلوب ممتع فارجع إليه إن شئت ، وهنا أبين فقه الركن بإيضاح ، تتجلى به حكمة الشارع ، وسمو مقاصد التشريع إن شاء الله .

أقول وبالله التوفيق ، ومنه المدد : أما الذي يرجع إلى ذات العاقد ، وهو العقل ، فقد أقيم مقام الضمان ؛ لتحقيق مصلحته ، وتحقيق ثمرة العقد ، وهذا بناء على أن العقود مقصود منها الانتفاع ، وهو مقصود المتعاقدين .

ثم إن حد ذلك ، أي صورة من صور المصالح ، التي في متناول عقل الإنسان العادي ، فلا يشترط أعلاها ؛ لتعذر حصول ذلك مع تفاوت رؤية الناس لدرجة ، وتحقيق المصالح ، ومع حصول الرضا بأقل من المستوى الأعلى ، إلا إن خرج النقصان عن الحد المعتاد ، في تقدير العقلاء .

ثم ينظر في كل ما يطرأ على العقد من مؤثرات ، فما كان متعارضاً مع تحقيق ثمرة العقد ، كان خارجاً عن مقصد الشارع ، والمتعاقدين .

وأما إذن العاقد ، فمبني على تصوره قيام تحقيق ثمرة المعاوضة ، في تصرف غيره ، بغض النظر عن صحة تسليط الشارع له ، لتحقيق ذلك ، فالنظر إلى حصول المقصود ، لا صحة ما سبق .

ماسبق من باب مراعاة مصالح الناس ، وإسقاط ما كان مقصوداً به الضمان لهذا المطلب ، الذي اتجهت له إرادة المتعاقدين .

ثم لابد من اعتبار إدراك وعلم العاقد بالمنفعة ، بحيث يكون لديه التصور الكامل عنها ، محلاً ، ومدة ؛ لأن هذا مما يدفع به الغرر عن المتعاقدين ، أو التصور المرتب على إدراك خاطئ .

وأما مراعاة رضا الطرفين فهو شرط ، وكذلك دفع جميع ما يكون سبباً لعدم وجود الرضا ، أو حصول المنازعات ؛ لأن كل ما يسبب العداوة ، ويفضي إلى المنازعة محرم شرعاً ، والقاعدة تحريمه ، وتركه .



المسألة الثانية : في شروط الإجارة

يشترط للإجارة عند الحنفية ثلاثة شروط : أجر معلوم ، وعين معلوم ، وبديل معلوم .^(١)

وعند المالكية ثلاثة شروط أيضاً : أن يكون أجلها معلوماً ، بشهر أو سنة ، وأن يكون الأجر معلوماً للمتعاقدين ، وأن يكون العمل المستأجر عليه معلوماً للمتعاقدين .^(٢)

وعند الشافعية أربعة شروط : أن تكون الإجارة معلومة للمتعاقدين ، وأن يكون العوض معلوم ، وأن لا يشترط فيها عقد آخر ، وأن تقدر المنفعة بالمدة ، أو العمل ، أو المحل .^(٣)

وعند الحنابلة ثلاثة شروط : معرفة المنفعة ، ومعرفة الأجرة ، وكون النفع مباحاً بلا ضرورة .^(٤)

يقال هنا ما قيل في شرح الأركان السابق ، كما يراجع شرح تعريف الإجارة .



(١) البحر الرائق ج ٣/٨ .

(٢) أسهل المدارك شرح إرشاد السالك ج ٣٢٢/٢ .

(٣) تحفة الطلاب ج ٨٥/٢ .

(٤) مطالب أولي النهى ج ٥٨٢/٣ .

المسألة الثالثة : في شروط إجارة الأرض للزرع أو الغرس .

الشرط الأول : لابد من بيان مقصد المستأجر للأرض ، فيلزم أن يذكر في عقد الإجارة ، أنه يريد غرسها ، أو زرعها ، ولا يجوز أن يستخدمها في غير ذلك ، إلا بإذن المؤجر - صاحب الأرض - أو ذكر ذلك في عقد الإجارة .

الشرط الثاني : إذا استأجر الأرض للزراعة فلا بد من بيان ما يزرع فيها ، أو يجعل له أن يزرع فيها ما شاء ، وإلا فلا يجوز العقد ؛ لأن منافع الأرض تختلف باختلاف نوع الغرس أو الزرع .

الشرط الثالث : قد يجهل المؤجر - صاحب الأرض - تأثير المزروع على أرضه ، فمنعاً للتراع يجب أن يبين تأثير المواد الكيماوية التي سوف تستخدم على الأرض ، ويذكر ذلك أيضاً في العقد ؛ لئلا يفضي ذلك إلى التراع .

الشرط الرابع : عدم شغل الأرض بما يمنع تسليمها للمستأجر ؛ لأن ذلك ينافي القدرة على استيفاء المعقود عليه ، والقدرة على تسليم العين لاستيفاء منفعتها شرط ، ولا يتحقق مقصود العقد إلا به .^(١)

وقيل : [يغتفر اشتراط المكثري ... أرضاً بها شجر فيه ثمر ما في الأرض من الثمر إن اكثري وجيبه ، وكان يطيب في تلك المدة وكان اشتراطه لقصده دفع الضرر ، فإن حصلت الشروط جاز ، ما لم يزد ما قوم به الثمر منفرداً عن الأرض بعد إسقاط الكلفة على الثلث لما تكتري به الأرض عادة بلا شجر مثمر ، فإذا كان كراء مثلها عشرة ، وقيمة الثمر منفرداً خمسة جاز كراؤها بدينار مثلاً مع الاشتراط المذكور ، ... فإن كان ما فيها زرعاً فيجوز مادون الثلث لا هو] .^(٢)

الشرط الخامس : ما يحقق مقصود المستأجر شرط في صحة العقد ، فإذا كانت الأرض تسقى فلا بد من تأمين الري لها ، سواءً بالنضح أو غيره ، لكن إذا كان يريد زراعتها في موسم نزول المطر - وهي التي تسمى في المنطقة الجنوبية بـ (عثري) أو (بعل) في منطقة القصيم ،

(١) ينظر معنى هذه الشروط في بدائع الصنائع ج ٢٥٧٦/٥ - ٢٥٨٩ ؛ وروضة الطالبين ج ٢٥٧/٥ ؛ والكافي لابن قدامة ج ٣٠٥/٢ ، والخرشي على مختصر خليل ج ٤٧/٤ .

(٢) شرح خليل المسمى نصيحة المرابط ج ١٣٣/٥ بتصرف .

فهل يصح عقد الإجارة ، مع احتمال عدم نزول المطر هذا الموسم ؟ أو نزوله بقدر لا يكفي لنماء الزرع ؟

الجواب عندي يحتمل الوجهين ، ويتجه القول بالصحة ، إذا كان نزول المطر على هذه الأرض في أغلب المواسم ؛ لأن الأحكام مبنية على غالب الحال .

وفي حالة عدم تأمين الماء ، أو نزول المطر ، على القول بأنه لابد من تأمين الماء تنفسخ الإجارة ؛ لسقوط أحد طرفي المعاوضة ، وهو ركنها .

قال في المجموع : [أن يكون لها ماء يؤمن انقطاعه كماء العين ، والمد بالبصرة ، والثلج والمطر في الجبل] .^(١)



(١) المجموع شرح المذهب ج ٢٥٥/١٥ .

المطلب الخامس : في صفة عقد الإجارة :-

للعلماء في هذه المسألة رأيان :-

الأول : مذهب جمهور العلماء منهم أئمة المذاهب الأربعة وأتباعهم أن عقد الإجارة عقد لازم .^(١)

واستدلوا بالكتاب والنظر ، أما الكتاب فقوله تعالى { يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود .. } (سورة المائدة آية ١) فكان عموم هذا الأمر يوجب الوفاء بكل عقد ما لم يتم دليل بتخصيصه ، والإجارة عقد فوجب الوفاء به فلا يجوز فسخه .^(٢)

وأما النظر فمن ثلاثة وجوه :-

الأول : لأنها عقد معاوضة فكان لازماً كالبيع .^(٣)

الثاني : ولأنها نوع من البيع ، وإنما اختصت باسم ، كما اختص الصرف ، والسلم باسم .^(٣)

الثالث : ولأن الكراء عقد على منافع فأشبهه النكاح .^(٤)

(١) بدائع الصنائع ج ٦/٢٦٢٣ ؛ وأسهل المدارك ج ٢/٣٢١ ؛ والمجموع ج ١٥/

٢٨٩ ؛ وشرح منتهى الإرادات ج ٢/٣٧١ .

(٢) المجموع ج ١٥/٢٩٠ .

(٣) المغني ج ٨/٢٢٠ .

(٤) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢/٢٣٠ .

الرأي الثاني : ذهب إليه بعض العلماء وهو أن الإجارة عقد جائز غير ملزم للطرفين ، واستدلوا على عدم لزوم بقياس عقد الإجارة على العارية ، بجامع أن العقد في كل يبيح الانتفاع بالعين ، ولما كان عقد العارية غير لازم وجب القول بأن عقد الإجارة غير لازم .^(١)

مناقشة الرأي الثاني :-

يمكن أن يناقش هذا الرأي بأن قياس الإجارة على الإعارة قياس مع الفارق ؛ لأن إباحة الانتفاع في العارية ليس من مقاصدها الالتزام ؛ لأنها من غير عوض ، فليست ملزمة لصاحب العين ؛ لعدم وجود ما يقابل الإعارة ، بخلاف الإجارة فالالتزام فيها من مقاصد العقد ، بدليل العوض ، هذا ما ظهر لي ، والله أعلم .

القول الراجح :-

الذي ترجح لدي بعد النظر في أدلة الفريقين هو قول الجمهور للأمور التالية :-

أولاً : لقوة أدلتهم ووجاهتها .

ثانياً : لعدم إجابة أصحاب الرأي الثاني على أدلة الجمهور .

ثالثاً : لمناقشة دليل الرأي الثاني .

(١) عقد الإجارة في الشريعة الإسلامية ص ٥١ .

الفصل الأول:-

في أقسام الأرض المؤجرة للغرس أو الزرع من حيث وجود الماء وعدمه
وفيه ثلاثة مباحث:-

المبحث الأول : في إجارة الأرض التي تشرب من زيادة معتادة تأتي في
وقت الحاجة .

المبحث الثاني : في صحة إطلاق إجارة الأرض التي لا ماء لها هل تصح
مع العلم بحالها وعدم مائها .

المبحث الثالث : في ذكر الأقسام الأخرى وفيه أربعة مطالب .

المطلب الأول : أن يكون للأرض ماء دائم .

المطلب الثاني : أن يكون مجيء الماء نادراً .

المطلب الثالث : في الأرض التي لا ماء لها .

المطلب الرابع : أن تكون الأرض غارقة بالماء .

المبحث الأول : في إجارة الأرض التي تشرب من زيادة معتادة تأتي في وقت الحاجة .

قال في المغني : [ما يشرب من زيادة معتادة تأتي في وقت الحاجة كأرض مصر الشاربة من زيادة النيل وما يشرب من زيادة الفرات وأشباهه ، وأرض البصرة الشاربة من المد والجزر ، وأرض دمشق الشاربة من زيادة بردى ، أو ما يشرب من الأودية الجارية من ماء المطر ...]^(١)

وقد اختلف العلماء في هذا القسم على قولين :-

القول الأول : قالوا بالجواز مطلقاً قبل وجود الماء الذي تسقى به وبعده ، وهذا مذهب الحنابلة .^(٢)

واستدلوا على ذلك بالنظر :-

أولاً : أن هذا معتاد الظاهر وجوده ؛ فجازت إجارة الأرض الشاربة به ، كالشاربة من مياه الأمطار .^(١)

ثانياً : ولأن ظن القدرة على التسليم في وقته يكفي في صحة العقد كالسلم في الفاكهة إلى أوانها .^(٢)

(١) المغني ج ٦٢/٨ .

(٢) شرح منتهى الإرادات ج ٣٧٣/٢ .

القول الثاني : قالوا بالتفصيل وهو إن أكرها بعد الزيادة صح ، وإن كان قبلها ولا يوثق به كالنيل لم يصح ، وهذا مذهب الشافعية .^(١)

واستدلوا على قولهم بالنظر أيضا :-

أولاً : لأنها معدومة لا نعلم هل يقدر عليها أم لا .^(١)

ثانياً : ولأن الزيادة لا يوثق بها ولا ينضبط أمرها .^(١)

القول الرابع :-

الرابع لدي هو قول الحنابلة ؛ لأن غالب الأحكام مبنية على غلبة الظن ، وما جرت عليه عادة الناس وتعارفوا عليه ، ولأن اشتراط وصول الزيادة فيه مشقة وخرج على المتعاقدين ، وقد جاءت الشريعة بالتيسير ، ومن القواعد الشرعية أن المشقة تجلب التيسير .



(١) روضة الطالبين ج ٥ / ١٨٠ .

المبحث الثاني : في صحة إطلاق إجارة الأرض التي لا ماء لها مع العلم بحالها وعدم مائها :-

انقسم العلماء في هذه المسألة على قولين :-

القول الأول : قالوا بصحة إطلاق إجارة الأرض مع العلم بحالها وعدم مائها ، واستدلوا على ذلك بالنظر :-

قالوا : لأنهما دخلا في العقد على أنها لاماء لها ، فأشبهه مالو شرطاه .^(١)

شرح النظر : أي أن المتعاقدين حينما أطلقا عقد إجارة الأرض ، ولم ينصا على قيد ولا شرط ، كان هذا بمثابة ما لو ذكرا أنها لا ماء لها ، فكان هذا الإطلاق يقوم مقام الشرط ، فأعطي حكم الشرط .

القول الثاني : قالوا بعدم صحة عقد إجارة الأرض وإن علم حالها وعدم مائها ، واستدلوا على ذلك بالنظر أيضاً :-

قالوا : لأن إطلاق كراء الأرض يقتضي الزراعة .^(١)

شرح النظر : أي أن إطلاق كراء الأرض عند أصحاب هذا القول يقتضي العقد على زراعتها ؛ لأنه المتبادر عند الإطلاق ؛ ولأن غالب

(١) المغني ج ٦٣/٨ ؛ وشرح منتهى الإرادات ج ٣٧٣/٢ .

ماتكترى له الأرض الزراعة ، وإذا كان كذلك فلا يصح إجارة أرض مية لا ماء لها للزراعة ؛ لأن ذلك يتنافى مع مقتضى العقد .

مناقشة الشرح :-

يمكن أن يناقش هذا بعدم التسليم بأن إطلاق كراء الأرض يقتضي الزراعة ، إذ من الجائز أن يكون الغرض البناء عليها ، أو تسويرها لأي غرض .

ويمكن أن يؤخذ بقول وسط وهو : إن كانت قرب المباني فإن الظاهر صرفها لذلك ، وإن كانت وسط المزارع ، أو قربها انصرف العقد إليها ، فلا يصح حينئذٍ لقرينة المجاورة .

القول الراجع :-

الراجع من القولين هو القول الأول ، ودليل الترجيح ، هو ما قاله ابن قدامة في المغني : [لأن العلم بالحال يقوم مقام الاشتراط ، كالعلم بالعيب يقوم مقام شرطه] . ^(١)

(١) المغني ج ٨ / ٦٣ .

المبحث الثالث : في أقسام الأرض الأخرى وفيه أربعة مطالب :-

المطلب الأول : أن يكون للأرض ماء دائم .

أكد العقود هو الذي تتوفر أسباب الإيفاء به ، فلا غرر فيه ، ولا ما يوجب التراجع ، فإذا كانت الأرض بقرب النهر ، أو العيون الجارية ، أو ما يمكن أن تسقى به ، على الدوام ، فإن هذا العقد صحيح ، وتترتب عليه جميع آثاره .

قال الموفق : [ويصح استئجارها للغرس والزرع بغير خلاف علمناه ، وكذلك الأرض التي تشرب من مياه الأمطار ، ويكتفى بالمعتاد منه ؛ لأن ذلك بحكم العادة ولا ينقطع إلا نادراً فهو كسائر الصور المذكورة] .^(١)

المطلب الثاني : أن يكون مجيء الماء للأرض نادراً .

الأرض الصحراوية ، التي ليس فيها آبار تسقيها بالقدر الكافي ، وكمية الأمطار ليست كافية للزراعة فيها ، أو تكون نادرة ، ولا يمكن إخراج الماء منها بالمضخات الحديثة ، أو تأمينه بأي وسيلة ممكنة ، ليست محلاً لعقد الإجارة ؛ لأن إيجارها مظنة الخلاف لتعذر ما يمكن إصلاحها به .

(١) المغني ج ٨ / ٦١ - ٦٢ .

المطلب الثالث : في الأرض التي لاماء لها .

الأرض التي لاماء لها مطلقاً ، لايجوز إجارها للزراع أو الغرس ،
إلا أن يجري العقد على أنها لا ماء لها فيجوز .

قال في المغني : [وإن اكترها على أنها لاماء لها جاز ؛ لأنه يتمكن من
الانتفاع بها بالتزول فيها ووضع رحله ، وجمع الحطب فيها ، وله أن
يزرعها رجاء الماء وإن حصل له ماء قبل زرعها فله زرعها ؛ لأن ذلك
من منافعها الممكن استيفائها ، وليس له أن يبني ولا يغرس ؛ لأن
ذلك يراد للتأييد] .^(١)

المطلب الرابع : في الأرض الغارقة في الماء .

الأرض الغارقة بالماء لا تجوز إجارها ، إلا إن أمكن زراعتها بعد
انحساره ، لكن إن كان المزروع من النباتات التي تعيش وتنمو وسط
الماء كالأرز ونحوه ، فإنه يجوز لتحقيق إمكانية الانتفاع بالأرض ،
وكذلك إن كان المزروع ينبت فوق السطح المائي ، بحيث يوضع له
قطن ، أو اسفنج عائم كما يفعل اليوم ، حيث زرعوا المسطحات
المائية ، فتصح الإجارة ؛ لتحقيق الانتفاع بالأرض أيضاً .

(١) المغني ج ٦٢/٨ .

فإن قيل : هذه إجارة للماء .

أجيب : بأن وجود الماء لا يتصور بدون قرار ، وهي الأرض ؛ فيعتبر إجارة لبعض منافع الأرض ، وهي كونها قراراً لما تحصل به المنفعة .

قال في المغني : [وإن اكرى أرضاً غارقة بالماء لا يمكن زرعها قبل انحساره عنها ، وقد ينحسر ولا ينحسر فالعقد باطل ؛ لأن الانتفاع بها في الحال غير ممكن ، ولا يزول المانع غالباً وإن كان ينحسر عنها وقت الحاجة إلى الزراعة ، كأرض مصر في وقت مد النيل صح العقد ؛ لأن المقصود متحقق بحكم العادة المستمرة . وإن كانت الزراعة فيها ممكنة ويخاف غرقها والعادة غرقها لم يجوز إجارتها ؛ لأنها في حكم الغارقة بحكم العادة المستمرة] . ^(١)



(١) المغني ج ٨ / ٦٣ .

الفصل الثاني

في اختيار المستأجر لنوع المزروع

وفيه ثلاثة مباحث :-

المبحث الأول : في تأجير الأرض للزراع مطلقاً .

المبحث الثاني : في تأجير الأرض لزراع معين .

المبحث الثالث : في تأجير الأرض لزراع معين ، مع اشتراط عدم زرع

غيره .

المبحث الأول : في تأجير الأرض للزراع مطلقاً :-

إذا قال المؤجر للمستأجر أجرتك هذه الأرض للزراعة ، ولم يحدد ما يزرع فيها ، ففي هذه المسألة انقسم العلماء على قولين :-

القول الأول : أن العقد فاسد ، وهو مذهب الحنفية ، وبعض المالكية وأحد الوجهين عند الشافعية والحنابلة .^(١)

قال في الجوهرة النيرة : [ولو لم يبين ما يزرع فيها ولا قال على أن أزرع فيها ما أشاء فإن الإجارة فاسدة] .^(٢)

واستدلوا بالنظر :-

١- أن ما يزرع في الأرض مختلف ، فمنه ما يضر بالأرض أكثر من غيره ... وجهالة المعقود عليه تفسد العقد .^(٣)

٢- القياس على ما لم يذكر ما يكثرى له ، من زرع ، أو غرس ، أو بناء .^(٤)

(١) الجوهرة النيرة ج ٣١٩/١ ؛ منح الجليل ج ٣٥/٨ ؛ روضة الطالبين ج ٢٠٠/٥ ؛ الكافي ج ٣٠٥/٢ .

(٢) الجوهرة النيرة ج ٣١٩/١ .

(٣) العناية على الهداية ج ١١٨/٩ .

(٤) المغني ج ٥٩/٨ ، ٦٠ .

ونوقش : [بأنه يجوز استئجارها لأكثر الزرع ضرراً ، ويباح له جميع الأنواع ؛ لأنها دونه ، فإذا عمم أو أطلق تناول الأكثر ، وكان له ما دونه ، ويخالف الأجناس المختلفة ؛ فإنه لا يدخل بعضها في بعض] .^(١)

القول الثاني : أن العقد صحيح وله مطلق الاختيار في زرعها ما شاء . قال به بعض المالكية ، وهو أصح الوجهين عند الشافعية ، والمذهب عند الحنابلة .^(٢)

قال في روضة الطالبين : [لو قال : أجرتكها للزراعة ولم يذكر ما يزرع ، أو للبناء أو الغرس وأطلق ، صح على الأصح عند الجمهور] .^(٣)

استدلوا بالنظر :-

قالوا : [لأنه يجوز أن يستأجرها لأعظم الزرع ضرراً ، فإذا أطلق العقد تناوله بإطلاقه ، ودخل فيه مادونه] .^(٤)

(١) المغني ج ٨ / ٥٩ ، ٦٠ .

(٢) منح الجليل ج ٨ / ٣٥ ؛ روضة الطالبين ج ٥ / ٢٠٠ ؛ الكافي ج ٢ / ٣٠٥ .

(٣) روضة الطالبين ج ٥ / ٢٠٠ .

(٤) الكافي لابن قدامة ج ٢ / ٣٠٥ .

الترجيح :-

الذي يترجح لدي بعد النظر في أدلة الفريقين ، هو القول الثاني للأمور

الآتية :-

أولاً : دليل القول الثاني فيه وجاهة وقوة .

ثانياً : مناقشة دليل القول الأول .

ثالثاً : إعمال كلام المتعاقدين أولى من إهماله .

رابعاً : ولأن الرضا مناط صحة العقود غالباً .



مطلب : إذا وقع العقد على أن يزرع ما يشاء ، فهل يكون حكمه حكم العقد المطلق أو لا ؟ اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين :-

القول الأول : ذهب إليه الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة ، وهو قول للمالكية .^(١)

وهو القول بصحة العقد وللمستأجر زرع ما شاء .

واستدلوا بالنظر :-

أولاً : إذا كان إطلاق العقد يتناول الأضر من أنواع الزرع ، ففي قوله : ما شئت تصريح له بزرع الأضر ، فهو أولى من الإطلاق .^(٢)

ثانياً : ولأن المؤجر بقوله : إزرعها ماشئت ، قد رفع أثر الجهالة ، وهو الإفضاء إلى التزاع ، الذي قد يكون سبباً لبطلان العقد .^(٣)

(١) الجوهرة النيرة ج ١/٣١٩ ؛ روضة الطالبين ج ٥/٢٠٠ ؛ الكافي ج ٢/٣٠٥ ؛ بلغة السالك ج ٣/٥٠٦ .

(٢) الكافي ج ٢/٣٠٥ .

(٣) العناية على الهداية ج ٩/١١٨ بتصرف .

القول الثاني : أنه لا يصح العقد ، وهو أحد الأقوال عند المالكية ،
ووجهه عند بعض الشافعية . (١)

واستدلوا بالنظر :-

وهو أنه لم يبين نوع المزروع ، فلم يصح للجهالة ، كبيع عبد من عبيده
من غير تعيين . (٢)

الترجيح :-

الذي يترجح عندي بعد النظر فيما استدل به الفريقان هو القول بصحة
العقد وذلك للأمور الآتية :-

أولاً : التصريح من المؤجر بتخيير المستأجر زراعة أي نوع من الأنواع .

ثانياً : ارتفاع الجهالة المفضية للتراجع برضا المؤجر .

ثالثاً : الفرق بين الأنواع يسير .

(١) بلغة السالك ج ٥٠٦/٣ ؛ روضة الطالبين ج ٢٠٠/٥ .

(٢) روضة الطالبين ج ٢٠٠/٥ .

المبحث الثاني : في تأجير الأرض لزراع معين كالحنطة :-
إذا أكرى المؤجر أرضه لزراع حنطة أو نوع بعينه ، فهل للمستأجر أن
يزرع ما ضرره مثل الحنطة أو أقل ، أو لا يزرعها إلا النوع المتفق
عليه ، اختلف العلماء في ذلك على قولين .

القول الأول : ذهب جمهور العلماء إلى أنه يزرع ما ضرره مثل النوع
المتفق عليه أو أقل ، كما أن له أن يزرع النوع المتفق عليه .^(١)

واستدلوا بالنظر :-

قالوا : [لأن المعقود عليه منفعة الأرض دون القمح ؛ ولهذا استقر عليه
العوض بمضي المدة ، إذا تسلم الأرض ، وإن لم يزرعها ، وإنما ذكر
القمح لتقدر به المنفعة ، فلم يتعين كما لو استأجر داراً ليسكنها كان له
أن يسكنها غيره] .^(٢)

(١) البحر الرائق ج ٧ / ٣٠٨ ؛ بداية المجتهد ج ٢ / ٢٢٩ ؛ روضة الطالبين ج ٥ / ٢١٦ ؛ الكافي ج ٢ / ٣٠٥ .

(٢) المغني ج ٨ / ٦٠ ؛ روضة الطالبين ج ٥ / ٢١٦ .

القول الثاني : ليس للمستأجر أن يزرع إلا النوع المعين وهو قول
الظاهرية وبعض الشافعية . (١)

واستدلوا بالنظر أيضاً :-

قالوا : [لأنه عينه — أي النوع — بالعقد ، فلم يجز العدول عنه ، كما
لو عين المركوب ، أو عين الدراهم في الثمن] . (١)
ونوقش : [بأن المعقود عليه هو منفعة الأرض دون القمح ، وإنما ...
ذكر القمح لتقدر به المنفعة ... وفارق المركوب ، والدراهم في الثمن ،
فإنهما معقود عليهما فتعينا] . (١)

الترجيح :-

الذي يترجح لدي بعد النظر في أدلة القولين ، هو قول الجمهور
لأمرين :-

١- قوة ووجاهة نظر الجمهور .

٢- مناقشة القول الآخر بما لا مدفع له .

(1) المغني ج ٨ / ٦٠ ، وروضة الطالبين ج ٥ / ٢١٦ .

المبحث الثالث : في تأجير الأرض لزرع معين مع اشتراط عدم زرع غيره .

إذا أجرة الأرض لزرع معين كالخنة فقط ولا يزرع غيرها ، فهل يصح العقد والشرط ؟ فيه ثلاثة أقوال :-

القول الأول : هو القول بصحة العقد دون الشرط ، وبه قال الجمهور ، وعليه فله زرع النوع ، والمثل ، والأقل .^(١)

واستدلوا بالنظر :-

قالوا : [العقد صحيح ؛ لأنه لا ضرر فيه ، ولا غرض لأحد المتعاقدين ، لأن ما ضرره مثله ، لا يختلف في غرض المؤجر ، فلم يؤثر في العقد ، فأشبه شرط استيفاء المبيع أو الثمن بنفسه .
وأما الشرط فإنه باطل ؛ لأنه يناهض مقتضى العقد ؛ لأنه يقتضي استيفاء المنفعة كيف شاء فلم يصح الشرط ، كما لو شرط عليه استيفاء المبيع بنفسه] .^(٢)

(١) المدونة ج٤/٥٣٨ ؛ روضة الطالبين ج٥/٢١٧ ؛ الإنصاف ج٦/٤٩ .
(٢) المغني ج٨/٦١ .

القول الثاني : هو القول بصحة العقد والشرط ، وهو وجه عند الشافعية والحنابلة ، وعليه لا يصح أن يزرع إلا النوع المعين .^(١)

واستدلوا بالنظر أيضا :-

قالوا : يصح العقد والشرط ؛ لأنه يملك المنفعة من المؤجر ، فملك بحسب التملك ، أي : بحسب رضاه .^(٢)

القول الثالث :- هو القول بفساد العقد وهو أحد الوجوه عند الشافعية ، والحنابلة .^(٣)

واستدلوا بالنظر أيضا :-

قالوا : [إن الشرط ينافي مقتضاه ، أي : مقتضى العقد فلم يصح ؛ لأنه يقضي على أصله بالفساد ، كما لو شرط عدم استيفاء المنافع] .^(٤)

(١) روضة الطالبين ج ٢١٧/٥ ؛ الإنصاف ج ٤٩/٦ .

(٢) المصدر السابق .

(٣) المصدر السابق .

(٤) روضة الطالبين ج ٢١٧/٥

الترجيح :-

- الذي يترجح لدي بعد النظر في أدلة الأقوال هو القول الثاني ، وهو القول بصحة الشرط والعقد وذلك لما يأتي :-
- ١- أن الشرط مع العقد لا ينافي نصاً ولا قياساً .
 - ٢- الأصل في المعاملات الحل والتوسيع على الناس .
 - ٣- مبدأ الاشتراط في العقود واسع بين المسلمين ؛ لأنهم على شروطهم ، والله أعلم ، وأحكم .



تحصيل المسألة على القول الثاني ، وهو الراجح :-

أولاً : لاشك أنه إذا نص في العقد بأنه لا يجوز للمستأجر زراعة غير النوع المذكور ، فإنه لا يجوز زراعة غيره ؛ لأن المسلمين على شروطهم ، ولإختلاف الضرر من نوع إلى نوع .

ثانياً : إذا كان العرف عند الناس أن المستأجر يزرع المعقود عليه ، وجنسه ، ومادون ذلك ، جاز ذلك ؛ لأن المعروف عرفاً ، كالمشروط شرطاً ، إلا أن يشترط خلاف ذلك .

ثالثاً : إذا كان العقد على نوع معين من الحبوب ، أو من غيرها ، مطلقاً ، ولم يقيد بعرف ، أو شرط ، ولم ينص في العقد أنه لا يجوز للمستأجر أن يزرع غير النوع المذكور ، فلا يجوز للمستأجر أن يزرع ما ضرره مماثلاً للمعقود عليه ، أو أقل ، بل يلتزم المعين .



الفصل الثالث :-

في مدة إجازة الأرض للزرع أو الغرس وأسباب انتهاء المدة

وفيه مبحثان :-

المبحث الأول : في مدة إجازة الأرض للزرع أو الغرس وفيه مطلب واحد ، في أقل مدة الإجازة وتحديد السنة الزراعية .

المبحث الثاني : في أسباب انتهاء مدة إجازة الأرض وفيها زرع .

المبحث الأول : في مدة إجارة الأرض للزرع أو الغرس .

وفيه مطلب واحد في أقل المدة وتحديد السنة الزراعية .

ذهب جماهير أهل العلم إلى جواز إطلاق مدة الإجارة ، وعدم تقييدها بزمن مادامت المنفعة ممكنة الحصول من العين ، إلا في حالات معينة ، كإجارة أرض الوقف ونحوها ، وسيأتي إن شاء الله ، وبعض العلماء جعل القيد عاماً ، ولم يربطه بأرض الوقف ، أو أرض اليتيم ، فهنا قولان :-

القول الأول : قال به الحنفية والحنابلة وهو القول بإطلاق مدة الإجارة مهما طالت ، إلا في الأوقاف لم تزد على ثلاث سنين .

قال في الدر المختار : [ويعلم النفع ببيان المدة كالسكنى والزراعة ، مدة كذا ، أي مدة كانت وإن طالت ، ولو مضافة كأجرتها غداً ... ولم تزد في الأوقاف على ثلاث سنين في الضياع ، وعلى سنة في غيرها .

وقال في رد المختار : قوله : وإن طالت : أي ولو كانت لا يعيشان إلى مثلها عادة .

وقوله : في الأوقاف : وكذا أرض اليتيم ... قوله : على ثلاث سنين :
محلّه ما إذا أجره غير الواقف — كالموكل — وإلا فله ذلك ... وأما
أراضي بيت المال فيجوز مطلقاً .^(١)

أدلة هذا القول :-

١- تطلق مدة الإجارة ؛ لأن المعتبر كون المستأجر يمكنه استيفاء
المنفعة منها غالباً .^(٢)

٢- تحديد مدة إجارة أرض الوقف ، وأرض اليتيم بثلاث سنين
لصوفهما عن دعوى الملكية بطول المدة .^(٣)

٣- ولأن العرف المعهود غالباً أن الوكيل يؤجر لستين وثلاث سنين .
ولأنه المتبادر مع الإطلاق كما لو قال : اشتر لأهلي خبزاً فاشترى
قنطاراً منه فلا يلزم الموكل .^(٤)

شرح تعليل الحنفية : أصل تعليل الحنفية هو الاعتماد على أصلهم
وهو أن التقادم مؤثر في العقود ، ولذلك صانوا أرض الوقف وأرض
اليتيم من تأثير التقادم في ملكيتها ؛ ولأن الناس ينسون المالك الحقيقي

(١) رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ج ٦/٦ . بتصرف .

(٢) شرح منتهى الإرادات ج ٣٦٣/٢ ، ٣٦٤ . بتصرف يسير .

(٣) المصدر السابق .

فإذا ما ذهب الجليل الذي يعرف مالك الأرض الأصلي ضاع الحق بين الناس .

القول الثاني : قال به المالكية والشافعية ، قالوا بالإطلاق إلا أنهم مالوا إلى تحديدها بثلاثين سنة .

قال في نصيحة المرباط : وجاز إيجار عبد خمسة عشر عاماً ، بالنقد ولو بشرط ، ودابة سنة إلا أن تكون في سفر فغايته شهر واحد ، وأرض مأمونة ودار جديدة ثلاثين سنة ، بالنقد والمؤجل .^(١)

وأما عند الشافعية فأصح القولين عندهم أن الإجارة تجوز أكثر من سنة وأكثر مذكروا ثلاثين سنة ، وقد جعلها بعضهم حداً ويمنع مما زاد عليها ؛ لأن الثلاثين شطر العمر في الغالب فكان مازاد عليه لغير العاقد ، ولكن جمهور الشافعية لا يرون التحديد ، والرواية التي عندهم لا يبراد بها التحديد ، وإنما ذكرت على طريق التكتثير ، أو أنه قاله رداً على قوم جعلوا مادون الثلاثين حداً للجواز ، وجعلوا الثلاثين حداً للمنع والفساد .^(٢)

قال في روضة الطالبين : [والأرض مائة سنة وأكثر] .^(٣)

(١) نصيحة المرباط ج ٥ / ١٢٥ .

(٢) الحاوي الكبير ج ٧ / ٤٠٥ بتصرف يسير .

(٣) روضة الطالبين ج ٥ / ١٩٦ .

واستدلوا بالأثر والنظر :-

أما الأثر فقوله تعالى { قال إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج } (سورة القصص آية ٢٧) ، فدل ذلك على جواز الإجارة سنين .

وروي أن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه تكارى أرضاً ولم تزل بيده حتى مات قال ابنه : ما كنت أراها إلا له من طول مامكت بيده حتى ذكرها عند موته وأمرنا بقضاء شئ بقي عليه من كرائها من ذهب أو ورق . (١)

وأما النظر :-

أولاً : لأن الضرورة قد تدعو في الإجارة إلى أكثر من سنة لاسيما في الغرس والبناء ، فصحت فيما زاد على السنة لأجل الضرورة كما صحت في السنة . (٢)

ثانياً : ولأن الإجارة عقد على منفعة ، كما أن البيع عقد على عين ، ثم لما لم تتقدر بيوع الأعيان فكذلك لا تتقدر بيوع المنافع . (٣)

(١) المصدر السابق .

(٢) الحاوي الكبير ج ٧ / ٤٠٦ .

(٣) المصدر السابق .

القول الراجع :-

القول بالإطلاق هو الراجع ؛ لأنه مفاد الأدلة الصحيحة ، ويدخل ضمن مقاصد الشريعة التي قامت على مصالح الناس .

مطلب في أقل مدة الإجارة وتحديد السنة الزراعية :-

قال في الحاوي الكبير : [فإذا ثبت أنها غير محدودة الأقل والأكثر، فأقل مدتها ما أمكن فيه استيفاء المنفعة المعقود عليها ، وذلك قد يختلف باختلاف المؤاجر فإن كان ذلك داراً للسكنى جازت إيجارها يوماً واحداً ، وأقل من ذلك تافه لم يجز به عرف لم يصح به عقد ، وإن كان ذلك أرضاً للزراعة فأقلها مدة زراعتها .

فأما أكثر المدة فهو ما علم بقاء الشيء المؤاجر فيها ، فإن كان ذلك أرضاً تأبد بقاءها ، وإن كان داراً روعي فيها مدة يبقى فيها بناؤها ، وإن كان حيواناً روعي فيه الأغلب من مدة حياته] .^(١)

ذكر الماوردي رحمه الله ، أن الثابت هو عدم تحديد مدة الإجارة ، الأقل والأكثر ، فأما الأقل فإن أي مدة يمكن فيها استيفاء منفعة العين المعقود عليها ، يصح عقد الإجارة فيها ، ولو كانت يوماً واحداً ، وهذا يمكن

(١) الحاوي الكبير ج ٧ / ٤٠٦ .

ذكره ضابطاً في تحديد مدة الإجارة ؛ لأن مدار صحة العقد من حيث المدة ، إمكانية استيفاء المنفعة ، ثم ذكر أن أقل من يوم واحد تافه لم يجر به عرف ، ولذلك لم يصح عنده ، ولكن اليوم تغير عرف الناس ، فجرى العرف بعقد الإجارة لمدة ساعة واحدة ، إذا فجرى العرف بهذا دليل على جوازه ، فيكون مندرجاً بهذا التعليل تحت القاعدة التي تقول : **لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان** ، وكذلك لأن هذا النوع من عقود الإجارة يضطر الناس إليه اليوم ، وخاصة في أسفارهم .

وأما تحديد مدة السنة الزراعية :-

إذا استأجر أرض المطر أو أرض النيل سنة ، فإن مدة السنة الزراعية تنقضي فيها بحصاد الزرع منها . وأما أرض السقي أي : التي تسقى بالآلة فمدة السنة الزراعية تنقضي فيها بالشهور ، أي : فيلزم فيها اثنا عشر شهراً ، وسواء كانت الأرض تزرع مراراً في السنة ، أو مرة واحدة ، والحصاد في كل شيء بحسبة . أي : بحصده أو قطعه أو جذه أو رعيه كالزراع والبرسيم واللفت والملوخية والكمون ونحوها ، فلو كانت مما خلف بطوناً فبآخر بطن . ^(١)

(١) الخرشي على مختصر خليل ج ٤ / ٤٨ - ٤٩ بتصرف يسير .

المبحث الثاني : في أسباب انتهاء مدة إجازة الأرض وفيها زرع .

أولاً : أسباب انتهاء مدة إجازة الأرض وفيها زرع .

السبب الأول : التقصير في الزراعة ، بأن أخرها حتى ضاق الوقت أو أبدل الزرع المعين بما هو أبطأ منه ، أو أكله الجراد ونحوه فزرع ثانياً .^(١)

السبب الثاني : أن يتأخر الإدراك لحر أو برد ، أو كثرة المطر ، أو أكل الجراد رؤوس الزرع ، فنبت ثانياً فتأخر لذلك .^(١)

السبب الثالث : أن يكون الزرع المعين بحيث لا يدرك في المدة ، بأن استأجر لزراعة الحنطة شهرين ، أو أن يكتري خمسة أشهر لزرع لا يكمل إلا في سنة .^(١)

ثانياً : خلاف العلماء حول هذه الأسباب :-

مذهب الحنفية : ذهب الحنفية إلى أنه يعذر المستأجر بوجود الأعذار وله

إبقاء زرعه حتى يستحصد وعللوا ذلك :-

١ - لأن في ذلك مراعاة الحقين والنظر من الجانبين .^(٢)

(١) روضة الطالبين ج٥/٢١٣ ، ٢١٤ ؛ وكشاف القناع ج٤/٤٤ ، ٤٥ ؛ والمغني ج ٦٥/٨ .

(٢) بدائع الصنائع ج٦/٢٦٧٥ .

٢- ولأن لقطعه غاية معلومة . (١)

مذهب المالكية : عند المالكية أنه إذا انقضت المدة وله فيها زرع فإنه يلزم رب الأرض أن يقيه فيها إلى تمام طيبه وعلى المكتري كراء المثل فيما زاد مطلقاً . (٢)

قال في البهجة : [وظاهره أن عليه كراء المثل في الزائد ، ولو علم عند الزراعة أن الزرع إنما يتم بعد السنة بكثير ، وهو كذلك على المعتمد] . (٣)

مذهب الشافعية : ذهب الشافعية إلى أن للمالك إجباره على قلعه وعلى الزارع تسوية الأرض كالغاصب .

وأما في السبب الثاني فالصحيح أنه لا يجبر على القلع ، بل على المالك الصبر إلى الإدراك مجاناً ، أو بأجرة المثل .

وفي السبب الثالث إن شرطاً القلع ، بعد المدة جاز ، وكأنه أراد القصيل ... فإن شرطاً الإبقاء فسد العقد للتناقض بينه وبين التوقيت ، ولجهالة مدة الإدراك . (٤)

(١) المصدر السابق .

(٢) البهجة في شرح التحفة ج٢/٣١٦ .

(٣) المصدر السابق .

(٤) روضة الطالبين ج٥/٢١٣ .

وفساد العقد بذلك للتناقض والجهالة هو مذهب الحنابلة أيضا .^(١)

مذهب الحنابلة : المذهب عند الحنابلة ، أنه إذا انقضت المدة بالسبب الأول أو الثالث ، فإن حكم بقاء زرع المستأجر كحكم بقاء زرع الغاصب .

قال في كشف القناع : [وإن كان في الأرض التي انقضت إيجارها زرع بقاؤه بتفريط مستأجر مثل : أن يزرع المستأجر زرعاً ، لم تجز العادة بكماله قبل انقضاء المدة ، فحكمه حكم زرع الغاصب ... ولمالك الأرض أخذه بالقيمة ما لم يختار مستأجر قلع زرعه في الحال وتفريغ الأرض ، فإن اختاره فله ذلك ؛ لأنه يزيل الضرر ... ولا يلزم المستأجر قلع زرعه ولو طلبه المالك في هذه الحالة ؛ لأن له حداً ينتهي إليه بخلاف الغرس ... وإن كان بقاؤه بغير تفريط مثل : أن يزرع زرعاً ينتهي في المدة الباقية من مدة الإجارة عادة فتأخر انتهاءه لبرد أو غيره لزم رب الأرض تركه باجرة مثله إلى أن ينتهي .]^(٢)

وعللوا ذلك بما يلي :-

أولاً : قلنا أنه كحكم زرع الغاصب ؛ لأن بقاء الزرع بعدوانه .

(١) الكافي لابن قدامة ج ٢ / ٣٢٧ .

(٢) كشف القناع ج ٤ / ٤٤ - ٤٥ بتصرف يسير ؛ وانظر إن شئت الإنصاف ج ٦ / ٨٦ .

ثانياً : وقلنا بلزوم أجرة المثل مع عدم التفريط ؛ لحصول الزرع في أرضه بإذنه مع عدم التفريط ، كما لو أعاره أرضاً فزرعها ، ثم رجع قبل كماله .^(١)

الترجيح :-

القول الراجح : الذي يترجح لدي بعد النظر هو أنه إن كان تأخر الزرع بتفريط من المستأجر ، فعليه بالإضافة إلى المسمى أجرة المثل لمازاد ، ولايجبر المستأجر على القلع ؛ لأن فيه مراعاة للأمر الواقع ومصلحة الطرفين ، ولأن الدفع أسهل من الرفع .
وإن كان استأجر الأرض مدة يعلم أن الزرع لا يكمل فيها ، وهو لا يريد قصيلاً ، فإن الإجارة لاتصح ؛ لعدم إمكانية الانتفاع من العين فلا معنى للإجارة حينئذٍ ، والله أعلم .



(١) أولاً وثانياً من المصدر السابق .

الفصل الرابع

في ثمن إجارة الأرض للزرع أو الغرس وفيه مبحث واحد
فيه قولان :-

القول الأول : تفصيل مذهب المالكية.

القول الثاني : ذكر قول الجمهور وجوابهم .

توطئة :-

قبل الدخول في تفاصيل مسألة كراء الأرض ، يجب أن نعلم أن المسألة كثر فيها الخلاف ، وتضادت فيها الأقوال ، واضطرب العلماء في نقل مذاهب السالفين ، وترجيحاتهم ، ولهذا اقتضت على مذهب الجمهور الذين يميزون إجارة الأرض بالذهب ، والفضة ، ولكنهم اختلفوا فيما سواهما .

قال في نيل الأوطار : [وإعلم أنه قد وقع لجماعة لاسيما من المتأخرين اختباط في نقل المذاهب في هذه المسألة ، حتى أفضى ذلك أن بعضهم يروي عن العالم الواحد الأمرين المتناقضين ، وبعضهم يروي قولاً لعالم آخر ، ويروي عنه نقيضه ، ولا جرم فالمسألة باعتبار اختلاف المذاهب فيها ، وتعين راجحها من مرجوحها ، من العضلات ، وقد جمعت فيها رسالة مستقلة ...]^(١)

القول الأول في المسألة للمالكية :-

للمالكية في ثمن إجارة الأرض تفصيل قال الخرشي : [والمعنى أن أرض الزراعة لا يجوز كراؤها بالطعام على المشهور ، سواء كان الطعام

(1) نيل الأوطار ج ٥/ ٣٢٩ .

تنبته الأرض كالقمح ونحوه ، أولاً كاللبن ؛ لأنه يؤدي إلى بيع الطعام بالطعام إلى أجل ، وكذلك لا يجوز كراؤها بما تنبته ، سواءً كان طعاماً أو غيره ، كالقطن ونحوه وعلة الفساد المزبنة ... ولا بأس بكراء أرض الزراعة بالماء ولو ماء زمزم ، ولا يجوز كراؤها بشجر فيه ثمر ... إلا أن يكون ما تنبته الأرض مما يطول مكثه فيها ، حتى كأنه أجنبي منها كخشب ، وعود الهندي وصندل وما أشبه ذلك فإنه جائز كراؤها به ، ويجوز كراؤها بما تنبته ولا يستنبته الناس كالذهب ، والفضة والرصاص ، والنحاس ، والحشيش ، والحلفاء .^(١)

وقال بعض المالكية : إن هذا ليس على إطلاقه بل هو مقيد في حالة وجود غير هذه الأشياء ، أما مع العدم فيجوز كراء الأرض فيها . ولذا قال في الحاشية : ومحل الفساد إذا أمكن كراؤها بغيره ، وأما لو تعذر ذلك لقلة من يزرعها فيجوز ، وكذا أرض الملاحاة والطرانة ، فيجوز كراؤها بالطعام^(٢)

(١) الحرشي على مختصر خليل ج ٤/٦ ، ٧ وانظر إن شئت فتح الرحيم على فقه الإمام مالك بالأدلة ج ٣/١٥ .

(٢) المصدر السابق .

واستدل المالكية بالأثر والنظر :-

أما الأثر : فحديث رافع بن خديج قال : كنا نحافل الأرض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فنكريه بالثلاث والرابع ، والطعام المسمى ، فجاءنا ذات يوم رجل من عمومي فقال : نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمرٍ كان لنا نافعاً ، وطواعية الله ورسوله أنفع لنا ، نهانا أن نحافل بالأرض ، فنكريها على الثلاث والرابع والطعام المسمى ... وفي رواية فقلت : نؤاجرها يارسول الله على الرابع أو الأوسق من التمر أو الشعير . قال : فلا تفعلوا (1)

وأما النظر فنقله عنهم في الحاوي قالوا : لأن استكراء الأرض ببعض ما يخرج منها باطل كالمخابرة . (2)

القول الثاني في المسألة :-

مذهب جمهور العلماء ، أنه يجوز إجارة الأرض بالذهب والفضة والثياب والطعام ، وسائر الأشياء مطلقاً سواء كان من جنس ما يزرع فيها أم من غيره ، ولكن لا يجوز إيجارها بجزء ما يخرج منها ، كالثلاث

(1) صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٠/٢٠٤ ، ٢٠٥ ؛ وفتح الرحيم ج ٣/١١ .

(2) الحاوي الكبير للماوردي ج ٧/٤٥٤ .

والربع وهي المخابرة ، ولا يجوز أيضاً أن يشترط له زرع قطعة معينة ؛
لأن في ذلك غرراً^(١).

واستدل الجمهور بالأثر والنظر أيضاً :-

أما الأثر فحديث حنظلة بن قيس الأنصاري قال : سألت رافع
ابن خديج عن كراء الأرض بالذهب والورق ، فقال : لا بأس به إنما
كان الناس يؤاجرون على عهد النبي صلى الله عليه وسلم على
الماذيانات (2) ، وأقبال الجداول ، وأشياء من الزرع ، فيهلك هذا
ويسلم هذا ، ويسلم هذا ويهلك هذا ، فلم يكن للناس كراء إلا هذا
فلذلك زجر عنه ، فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس به . (3)

وأما النظر :-

فقالوا : لأن ماصح أن يؤاجر بالذهب والورق ، صح أن يؤاجر بالبر
والشعير ، كالدور والعقار . (٤)

-
- (1) البحر الرائق ج ٣/٨ ؛ الحاوي الكبير ج ٤٥٤/٧ ؛ الكافي ج ٣١٢/٢ .
 - (2) الماذيانات : مسائل المياه وقيل ما ينبت على حافتي مسيل الماء وقيل ما ينبت
حول السواقي . صحيح مسلم بشرح النووي ، ج ١٠/١٩٨ .
 - (3) صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٠/٢٠٦ .
 - (4) الحاوي الكبير ج ٤٥٥/٧ بتصرف يسير .

ولأن ماصح أن تؤاجر به الدور والعقار ، صح أن تؤاجر به الأرضون
كالذهب والورق (١)

جواب الجمهور عن أدلة الملكية -:

فهي النبي صلى الله عليه وسلم عن إجارة الأرض بطعام مسمى يعني من
الأرض المؤجرة .

أما الجواب عن قياسه على المخابرة ، فهو أن العوض في المخابرة
لا يثبت في الذمة ، وفي الإجارة يثبت في الذمة .

وأما الجواب عن حديث رافع في النهي عن كراء الأرض ، فمحمول
على ما فسره في هذا الحديث ، من كرائها بما على الماذيانات ؛ لأن
الروايات عن رافع مختلفة . (٢)

ولأن محل النهي فيما لم يكن معلوماً ولا مضموناً . (3)

(1) المصدر السابق .

(٢) الأجوبة من صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٠ / ١٩٨ .

(3) نيل الأوطار ج ٣٣٥/٥ .

الترجيح :-

القول الراجح : هو ما ذهب إليه الجمهور ، من جواز كراء الأرض بالذهب والفضة ، والطعام والثياب ؛ لصراحة الدليل ، وسلامة التعليل .
أما الدليل : فقوله في الحديث : فأما شئ معلوم مضمون فلا بأس به .
وأما التعليل : فلصحة القياس وجلاته ، بالإضافة إلى جواب الجمهور عن أدلة الفريق الأول بما يقنع ويكفي .



الفصل الخامس

في بيع المستأجر ما زرعه أو غرسه على غير صاحب الأرض
وفيه مبحثان :-

المبحث الأول : في بيعهما لغير صاحب الأرض .

المبحث الثاني : في حكم بيع حق الاختصاص .

المبحث الأول : في بيعهما لغير صاحب الأرض .
اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين :-

القول الأول :-

هو ماذهب إليه الشافعية في أحد الوجهين ، وهو أنه لا يجوز بيعهما لغير صاحب الأرض ، وكذلك الوجهان في عكس المسألة وهو أن يبيع صاحب الأرض أرضه لغير مالك الزرع أو الغرس ، واستدلوا على عدم جواز بيعهما لغير صاحب الأرض بالنظر .
قالوا : لأن ملك المستأجر عليه غير مستقر ؛ لأن رب الأرض متى بذل له قيمته أجبر على أخذها أو قلعه . (١)

القول الثاني :-

هو ماذهب إليه الحنابلة ، وهو جواز بيع الزرع أو الغرس لغير صاحب الأرض ، واستدلوا بالنظر أيضاً .
قالوا : إنه مملوك له يجوز بيعه لمالك الأرض فجاز لغيره ، كشقص مشفوع ، وبهذا يبطل ماذكروه ؛ فإن للشفيع تملك الشقص وشراءه ويجوز بيعه لغيره . (٢)

(١) الحاوي الكبير للماوردي ج ٧ / ٤٦٨ .

(٢) المغني ج ٨ / ٦٨ .

مناقشة قياس الحنابلة :-

ملك الشقص المشفوع ليس له أمد ، في حالة عدم البيع ، بخلاف
الزراع ، أو الغرس ، وما تأبد له حكمه ، وما ليس كذلك له حكمه ،
بالإضافة إلى ما علل به الجمهور من عدم استقرار الملك ، كما أنه قد
يتخذ ذريعة لإيذاء صاحب الأرض ، بإدخال شخص غير مرغوب فيه ،
وهذا مظنة الخلاف ، والعداوة ، ويمثل هذا السبب تبطل العقود ،
ويستجه القول بأن العقد على إجارة الأرض لإتمام عمل معين عليها ،
فلا يترتب عليه من الحقوق إلا مسمى العقد فقط ، حتى يستقر ملك
المستأجر على ثمرة العقد ، ولأنه في حالة ارتفاع قيمة الزرع ، أو
الغرس ، على قيمة عقد الإجارة يجبر صاحب الأرض - إذا كان
لا يرضى بالبيع - على شراء الزرع ، أو الغرس ، بأكثر من قيمة عقد
الإجارة ، وهذا خلاف قصد أحد طرفي العقد ، وبه لا تحصل ثمرته ، بل
عكسها ، فيكون خلاف القياس ؛ لأننا في هذه الحالة نجبره على عقد لم
يرض به ، وعليه فالراجح الأول .



المبحث الثاني : في حكم بيع حق الاختصاص .

ترجمة البحث تشير إلى عقد مستحدث بحثه الفقهاء والقانونيون المعاصرون وهو مختص بعقد الإجارة ، ويمكن تعريفه بمايلي .

تعريف حق الاختصاص :-

هو ملكية التصرف بالعين دون ملك ذاتها .

أو أنه : سراية ملك المنفعة المؤقت ، إلى ملك الاختصاص المؤبد بعوض أو بدونه .

ويملكه المستأجر بدفع مبلغ من المال سوى ماد فعه للإجارة ، أو بدون دفع المبلغ ، ولكنه حق يعطيه إياه القانون المتعارف عليه عند المتعاقدين ، فيكون بذلك يملك التصرف بالعين وإيجارها لمن شاء دون رضا مالك العين ، أو أن يبيع حق التصرف بالعين ، وبهذا لامعنى لملكية مالك العين إلا استحقاق العائد من إيجارها ، وهذا غير متصور شرعاً إلا إذا جعلنا صورة ملكية الاختصاص منفكة عن جهة الملكية لذات العين ، وستكون مناقشة هذه المسألة حسب الصورة التي ذكرها بعضهم حيث قال :-

[ومن ذبول هذا القانون أنه أعطى الحق للمستأجر أن يبيع حق الاختصاص الذي جعله له القانون من غيره لقاء مبلغ من المال يتفق عليه مع شخص بدون رضا المالك وغاية ما يمكن أن يقال في المقام :

هو أنه لا بد لنا ونحن نحاول أن نضع حلاً شرعياً لها من التفصيل بين جهل المالك بالقانون حين الإجارة وبين علمه وإن أجر المالك داره أو دكانه لشخص وهو يعلم بأن القانون يحد من سلطته ولا يسمح له أن ينتزع العين المستأجرة عند انتهاء أمد الإجارة من يد المستأجر ، ومع ذلك فقد أجريا العقد وسجلاه في الدوائر المختصة حسب المتعارف بين الملاك والمستأجرين بإرادتهما واختيارهما ، إذا أقدمنا على الإجارة والحالة هذه يكونان ملزمين بتنفيذ كل ما يفرضه القانون ، ويكون القانون المعلوم لديهما أشبه بالشروط الضمنية ، التي تقع المعاملة مبنية عليها ولعل الكثير من الناس في عصرنا هذا أول ما يهدفون إليه من استئجار الدكان والحانوت والمسكن هو ملكية هذا الحق - حق الاختصاص - للربح والتجارة إذاً لا نحتاج إلى إدخالها في الشروط الضمنية ، التي لم يلتزم بها الفقهاء بل ألحقها جلهم بالشروط الابتدائية ، من حيث عدم وجوب الالتزام بها ، ولا أرى ما يمنع من شمول أدلة الوفاء بالعقود لمثل هذا النوع من العقود ، المتعارفة التي يلتزم بها الطرفان مادامت لا تؤدي إلى مخالفة نص صريح أو إجماع محقق ، أو إلى التغرير والإضرار بأحد ، وتكون من الشروط البنائية ... [^(١)

(١) الولاية والشفعة والإجارة ، لـ : هاشم الحسني ص ٣٢٨ وما بعدها باختصار .

أدلة هذا الرأي :-

أولاً : قوله تعالى { يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ... }

(مطلع آية رقم ١ من سورة المائدة)

وهذا العموم يشمل عقد بيع حق الاختصاص .

ثانياً : الالتزام بهذا العقد لا يؤدي إلى مخالفة نص شرعي صريح ، ولا إجماع محقق .

ثالثاً : ولأنه يخلو من الغرر ، وكذلك ليس فيه إضرار بأحد . (١)

مناقشة هذا الرأي :-

أولاً : يناقش هذا الرأي بأن إنفكاك جهة الاختصاص عن جهة الملكية لانظيره في الشريعة الإسلامية ، إلا في كلب الصيد عند الحنابلة وليس بمملوك ، إنما هو مختص فقط ، فليس عندهم انفكاك بين جهة الملكية وجهة الاختصاص ؛ فهو باطل إنشاءً وغاية .

ثانياً : فيه تسليط المستأجر على ملك المؤجر بغير رضاه ، وتقييد تصرفه فيه مما يضيق دائرة تصرف المالك بما يملك ، وحتى لو قلنا : إن المستأجر اشترط ذلك على المؤجر ، إلا أنه مظنة الخلاف والتنازع في

(1) المصدر السابق ص ٣٣١ .

نهاية الأمر ، ومظنة الشيء تنزل منزله ، وما أفضى إلى محذور فهو مخالف لنصوص الشريعة .

ثالثاً : ولأنه يدخل في النهي عن بيعتين في بيعة .

رابعاً : ولأنه على خلاف القياس ؛ لأن مقتضى القياس في الشريعة أن من ملك شيئاً ملك التصرف فيه .

خامساً : ولأنه نشأ على عقد أضعف منه بنفس العلة عند بعض العلماء ، وهو أن أصله - وهو عقد الإجارة - قد استقر حكمه على خلاف القياس ، فيكون ملك حق الاختصاص على خلاف القياس أصلاً وصورة .

سادساً : كما أنه على خلاف الأصل ، فالأصل أن يبنى الأضعف على الأقوى ، وبناء ملك حق الاختصاص على عقد الإجارة بناء للأقوى على الأضعف ، حيث بني التملك على ملك منفعة العين ، وهو ملك ناقص والناقص لا يترتب عليه كمال في التصرف وهو تصرف المستأجر .

سابعاً : بالإضافة إلى أن القاعدة في العقود أن البقاء للأقوى ، أصله مسألة تزوج الحرة بالعبد ، فإنها إذا اشترت الحرة ذلك العبد انفسخ عقد النكاح ؛ لأن عقد الملكية أقوى من عقد النكاح ، فكذلك عقد الإجارة ، لا يمكن أن يسلب عقد الملكية أهم آثاره ، وهو ملكية

الاختصاص المرتبطة بملكية العين ارتباطاً بالصفة بالذات ؛ لأن الإجارة أضعف من الملكية بلا شك ، بل هي من آثار ملكية مالك العين .

الجواب عن أدلة الرأي الأول :-

أولاً: الآية ، القول بأن عموم الآية يشمل مثل هذا العقد غير مسلم ؛ لأن مثل هذا العقد يقضي على أصله بالفساد ، كعقد النكاح بشرط عدم الوطء ، وهذا بلا شك مما لا يشمل عموم الآية ؛ لأنها لا تجيز جنس هذا العقد .

ثانياً النظر : نسلم جداً أنه لا يخالف ما ذكر ، ولكنه يخالف نصوصاً أخرى كالتى تنهى عن كل ما يفضي إلى المنازعة والعداوة بين المسلمين وهو مضمون يمثل هذا العقد .

وأما مسألة خلوه من الغرر فهو غير كاف ، وليس كل عقد خلا من الغرر كان جائزاً ، فيمكن أن نعتبر خلوه من الغرر وصف طردي لا مدخل له في الحكم في هذه المسألة .

هذا ما تيسر تحريره الآن ، في مناقشة هذه المسألة ، والله أعلم .



الفصل السادس

في دخول الخيار في عقد إجارة الأرض للزراع أو الغرس
وفيه ثلاثة مباحث :-

- المبحث الأول : في دخول خيار الشرط عقد الإجارة .
- المبحث الثاني : في دخول خيار الرؤية عقد الإجارة .
- المبحث الثالث: في دخول خيار المجلس عقد الإجارة .

المبحث الأول : في دخول خيار الشرط عقد الإجارة :-

إذا شرط المؤجر أو المستأجر خيار الشرط ، أو شرط كل منهما خيار الشرط ثلاثة أيام .. (١)
فهل يجوز لهما ذلك أو لأحدهما ، اختلف العلماء في خيار الشرط على قولين :-

القول الأول : ذهب إليه الحنفية وهو جواز دخول شرط الخيار في عقد الإجارة .

واستدلوا بالنظر :-

أولاً : لأنه عقد معاوضة يصح فسخه بالإقالة كالبيع . (٢)
ثانياً : ولأن الخيار شرط في البيع للتروي ، فكذا في الإجارة ؛ لأنها تقع بغتة من غير سابقة تأمل ، فيمكن أن يقع غير موافق فيحتاج إلى الإقالة فيجوز اشتراط الخيار فيها .. (١)

ثالثاً : ولأنه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس ، فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع ، والجامع بينهما دفع الحاجة وفوات بعض

(١) البحر الرائق ج ٤١/٨ ، ٤٢ .

(٢) الجوهرة النيرة ج ٣٢٣/١ .

المعقود عليه في الإجارة لا يمنع الرد بخيار العيب ، فكذاك بخيار الشرط بخلاف البيع ... (١)

القول الثاني : ذهب إليه الحنابلة والشافعية ، وهو عدم جواز شرط الخيار في عقد الإجارة ، ولكن استثنى الحنابلة مسألة الإجارة في الذمة فجوزوا شرط الخيار فيها . (٢)

واستدل أصحاب هذا القول بالنظر أيضاً .

أولاً : أن مالزم من عقد المنافع لم يصح اشتراط الخيار فيه كالنكاح (٣)
ثانياً : ولأن اشتراط الثلاثة يتضمن إتلاف بعض المعقود عليه فيما ليس بتابع للمعقود عليه مع بقاء العقد في جميعه ، فلم يصح كما لو شرط ابتياع العبدين أنه إن تلف أحدهما في يد البائع لم يبطل البيع . (١)
ثالثاً : ولأن المعقود عليه إذا لم يبق جميعه في مدة الخيار ، لم يصح اشتراط الخيار ، قياساً على بيع الطعام الرطب . (٤)

-
- (١) تكملة فتح القدير ج ١٤٦/٩ .
 - (٢) شرح منتهى الإرادات ج ١٦٩/٢ .
 - (٣) الحاوي الكبير ج ٣٩٤/٧ .
 - (٤) المصدر السابق .

جواب الحنفية : قالوا قياس عقد الإجارة على عقد النكاح لا يصح ،
فهو قياس مع الفارق ، قال في البحر الرائق : لأن النكاح ليس بمعاوضة
فلا يصح شرط الخيار فيه . (١)

وأما الوجهان الآخران فقالوا : فوات بعض المعقود عليه في
الإجارة ، لا يمنع الردّ بخيار العيب ، فكذا بخيار الشرط ، بخلاف البيع ؛
وهذا ؛ لأن ردّ الكل ممكن في البيع دون الإجارة ، فيشترط فيه
دونها ولهذا يجبر المستأجر على القبض ، إذا سلم المؤجر بعد مضي
بعض المدة . (٢)

القول الراجح :-

الراجح عندي بعد النظر في أدلة الفريقين ، هو ماذهب إليه
الحنفية ؛ لصحة النظر ، والإجابة على أدلة القول الثاني .



(١) البحر الرائق ج ٤٢/٨ .
(٢) تكملة فتح القدير ج ١٤٦/٩ .

المبحث الثاني : في دخول خيار الرؤية عقد الإجارة

اختلف العلماء في ثبوت خيار الرؤية في إجارة الأرض على قولين :-

القول الأول : ذهب إليه بعض العلماء وهو ظاهر مذهب الشافعية .
قال في المجموع : وهنا لاتصح الإجارة قبل الرؤية على الصحيح . (١)
قلت : ويمكن اعتباره تخريجاً على بطلان بيع العين الغائبة عندهم ، وهنا
بيع منافع غائبة ، ويمكن أن يستدل لهذا القول بأدلة النهي عن بيع
الجهول أو ما ليس عند البائع وهي الأثر والنظر .

أما الأثر : فلأنه صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع الغرر) . (٢)
وقالوا : في هذا البيع غرر . (٣)

وأما النظر :-

أولاً : فلأنه نوع بيع فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع كالسلم . (3)
ثانياً : ولأنه يدخل تحت النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان ، أي : ما
ليس بحاضر أو مرئي للمشتري . (٤)

(1) المجموع شرح المذهب ج ٣٥٧/٩ .
(2) صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٥٧/١٠ .
(3) المذهب مع المجموع ج ٣٤٨/٩ .
(4) الفقه الإسلامي وأدلته لوهبة ج ٥٧٩/٤ .

ثالثاً : ولأن ثبوت خيار الرؤية فرعاً عن صحة إجارة المجهول ، وهو لا يصح .

القول الثاني :-

ذهب إليه الحنفية والمالكية ، وهي الرواية الصحيحة عند الحنابلة ، وهو القول بثبوت خيار الرؤية في عقد الإجارة (١)

واستدلوا بالأثر :-

وهو قوله صلى الله عليه وسلم : (من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه) . (٢)

والإجارة شراء المنافع فتناولها الحديث . (٣)

الجواب عن دليل الحنفية :-

يجاب بأن أحد رواة الحديث وهو : عمر بن إبراهيم يقال له : الكردي يضع الأحاديث .

وهذا باطل لا يصح لم يروه غيره ، وإنما يروى عن ابن سيرين موقوفاً من قوله . (١)

(١) البحر الرائق ج ٤٢/٨ ؛ الإنصاف ج ٢٩٧/٤ ؛ منح الجليل ج ٢١/٨ .

(٢) أخرجه الدارقطني عن أبي هريرة في كتاب البيوع ج ٣/٥ .

(٣) البحر الرائق ج ٤٢/٨ ؛ الإنصاف ج ٢٩٧/٤ ؛ منح الجليل ج ٢١/٨ .

جواب الحنفية عن أدلة الفريق الأول :-

أولاً : الجواب عن الحديث : النهي عن بيع الغرر ، ينصرف إلى مالا يكون معلوم العين . (١)

ثانياً : الجهالة إنما تمنع الجواز إذا كانت مفضية للتزاع ، وهذه لا تفضي إليه ؛ لأنه إن لم يوافق يرده فلا يمنع الجواز ، فإذا رآه ثبت له خيار الفسخ ؛ لأن العقد لا يتم إلا بالرضا ولا رضا بدون العلم (١)

القول الراجح :-

القول الراجح : لدي بعد النظر هو القول بثبوت الخيار لما يأتي :-

- ١ - لأنه لا يخالف نصاً .
- ٢ - حاجة الناس تقتضي ذلك .
- ٣ - ولأن المستأجر غالباً في حاجة يضطر معها لقبول المستأجر ، كضيق الوقت ، وعدم توفر البديل في الوقت المناسب ، وفي هذا استغلال لظروف المستأجر ، فيكون العقد شبه إكراه ، وإذعائي ، وفي هذا ما فيه من مظنة وقوع التزاع ، المفضي

(١) الفقه الإسلامي وأدلته لوهبة ج ٤/ ٥٧٩ .

للعداوة ، فإذا أثبتنا له الخيار اندفع الإكراه ، وتمحضت
الإرادة في المعقود عليه ، وهذا هو أساس صحة العقود ،
حيث أن مبناها على الرضا .



المبحث الثالث : في دخول خيار المجلس عقد الإجارة .
خيار المجلس هو : الأخذ بخير الأمرين من الإمضاء أو الفسخ ، سواء للبايع أو المشتري .

المجلس : موضع الجلوس ، والمراد به هنا : مكان التبائع ، حتى لو وقع العقد وهما قائمان ، أو وقع العقد وهما مضطجعان ، فإن الخيار يكون لهما وهو خيار مجلس ؛ لأن المراد بالمجلس مكان التبائع ، لا خصوص الجلوس . (١)

وقد اختلف العلماء في دخوله عقد الإجارة ، واستحقاق أحد المتعاقدين فسخ عقد الإجارة بناء عليه ، إذا تم الإيجاب والقبول ولم يتفرقا اختلفوا على ثلاثة أقوال :-

القول الأول : مذهب الحنفية (٢) ، والمالكية (٣) ، وهو أن خيار المجلس لا يدخل عقد الإجارة بحال .
واستدلوا بأدلة عدم ثبوته في عقد البيع عندهم .
وهي الأثر والنظر :-

-
- (١) الشرح الممتع على زاد المستقنع ج ٨/ ٢٧٠ ، ٢٧١ .
 - (٢) بدائع الصنائع ج ٥/ ٢٢٨ ط دار الكتب العلمية .
 - (٣) المدونة ج ٤/ ١٨٨ ؛ وقوانين الأحكام الشرعية ص ٢٧٨ .

أما الأثر :-

أولاً : قوله تعالى { يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم } . (سورة النساء آية ٢٩)

وجه الاستدلال : أباح الله سبحانه وتعالى الأكل بالتجارة عن تراضى مطلقاً عن قيد التفرق عن مكان العقد ، وعنده إذا فسخ أحدهما العقد في المجلس لا يباح الأكل ، فكان ظاهر النص حجة عليه . (١)

مناقشة هذا الاستدلال :-

أ - أن هذه الآية من العام المخصوص ، وقد خصصت بأحاديث الخيار . (٢)

ب - أن العقد ليس بيعاً ، ولا هو تجارة ، ولا هو تراضياً ، ولا ينقل ملكاً حتى يستضيف إليه التفرق عن موضعهما ، أو التخيير ، فهذا هو البيع . (٣)

ثانياً : قوله تعالى { يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود } (سورة المائدة آية ١)

(1) بدائع الصنائع ج ٥/٢٢٨ ط دار الكتب العلمية .

(2) المجموع ج ٩/٢٢٢ .

(3) المحلى ج ٨/٣٥٧ .

وجه الاستدلال : ظاهر هذه الآية يناقض مشروعية خيار المجلس ؛ لأن
ظاهرها يقضي بوجوب الوفاء بجنس العقود المشروعة ، والعقد عندنا
هو الإيجاب والقبول ، والقول بخيار المجلس بعد العقد يوجب ترك الوفاء
بالعقد . (١)

مناقشة هذا الاستدلال :-

الذي أمرنا بالوفاء به من العقود في ظاهر هذه الآية ليس هو مجرد العقد
الذي حصل فيه إيجاب وقبول ، بل هو ما تم بهما وحصل التفرق
بالأبدان بعدهما ، أو بأن ينجير أحدهما الآخر بعد التعاقد وإلا فلا يلزم
الوفاء بذلك العقد . (٢)

ويضاف على مناقشة صاحب المجموع ، بأن الخيار نوع من الشرط ،
والمسلمون على شروطهم ، فلا يوجب ترك الوفاء بالعقود بحال .

ثالثاً : حديث عمرو بن العاص رضي الله عنه ، أن رسول الله قال :
(المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا ، إلا أن تكون صفقة خيار ، ولا يحل له
أن يفارق صاحبة خشية أن يستقيله . (٣)

(١) بداية المجتهد ج٢/١٧١ .

(٢) المجموع ج٩/٢٢٢ .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه ج٣/٢٧٣ برقم ٣٤٥٦ كتاب البيوع .

وجه الاستدلال : قالوا : وهذا دليل على أن صاحبه لا يملك الفسخ إلا من جهة الاستقالة . (١)

وفي فتح الباري نقل عن بعض المالكية قوله : ظاهر هذه الزيادة مخالف لأول الحديث في الظاهر ، فإن تأولوا الاستقالة فيه على الفسخ ، تأولنا الخيار فيه على الاستقالة ، وإذا تعارض التأويلان فزاع إلى الترجيح ، والقياس في جانبنا فيرجح .

وتعقب بأن حمل الاستقالة على الفسخ أو ضح من حمل الخيار على الاستقالة ؛ لأنه لو كان المراد حقيقة الاستقالة لم تمنعه من المفارقة ؛ لأنها لا تختص بمجلس العقد ، وقد أثبت في أول الحديث الخيار ومده إلى غاية التفرق ، ومن المعلوم أن من له الخيار لا يحتاج إلى الاستقالة فتعين حملها على الفسخ .

رابعاً : حديث ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال : [أيما يبيعن تباعا فالقول ما قال البائع أو يترادان] . (٢)

وجه الاستدلال : أنه لو كان المجلس شرطاً في انعقاد البيع لم يكن يحتاج فيه إلى تبين حكم الاختلاف في المجلس ؛ لأن البيع بعد لم ينعقد ولا لزم ، بل الافتراق من المجلس . (٣)

(١) المجموع ج ٢١٩/٩ .

(٢) موطأ الإمام مالك بن أنس ج ٦٧١/٢ برقم ١٣٥٠ ، ط إحياء التراث .

(٣) بداية المجتهد ج ١٧١/٢ .

مناقشة الاستدلال :-

ونوقش : بأن هذا الحديث منقطع ولا يعارض به الأول ، وبخاصة أنه لا يعارضه إلا مع توهم العموم فيه ، والأولى أن ينبي هذا على ذلك ، وهذا الحديث لم يخرج أحد مسنداً فيما أحسب ، فهذا هو الذي اعتمده مالك رحمه الله في ترك العمل بهذا الحديث . (المتبايعان بالخيار) ⁽¹⁾

وفي فتح الباري عن بعض المالكية : أن مالكا لم يأخذ به ؛ لأن وقت التفرق غير معلوم فأشبهه بيوع الغرر كالملازمة .
وتعقب بأنه يقول بخيار الشرط ولا يحده بوقت معين ، وما ادعاه من الغرر موجود فيه ، وبأن الغرر في خيار المجلس معدوم ؛ لأن كلا منهما متمكن من إمضاء البيع أو فسخه ، بالقول أو بالفعل ، فلا غرر . ⁽¹⁾

خامساً : قول عمر رضي الله عنه [البيع صفقة أو خيار] ⁽²⁾

ونوقش : أن معناه أن البيع ينقسم إلى بيع شرط فيه الخيار ، وبيع لم يشترط فيه ، سماه صفقة لقصر مدة الخيار فيه ولو أراد ما قالوه لم

(1) فتح الباري ج ٤ / ٣٣٠ .

(2) سنن البيهقي ج ٥ / ٢٧٢ ، والأثر ضعيف ، أنظر المحلى لابن حزم ٨ / ٣٦٣ .

يجز أن يعارض به قول النبي صلى الله عليه وسلم على أن قول عمر ليس بحجة إذا خالفه بعض الصحابة... (1)

وأما النظر :-

أولاً : لأنه عقد معاوضة فلزم بمجرده كالنكاح والخلع . (٢)
ونوقش : بأنه لا يصلح قياس البيع على النكاح ؛ لأن النكاح لا يقع غالباً إلا بعد روية ونظر وتمكث ، فلا يحتاج إلى الخيار بعده ، ولأن في ثبوت الخيار فيه مضرة ، لما يلزم من رد المرأة بعد ابتذالها بالعقد ، وذهاب حرمتها بالرد ، وإحاقها بالسلع المبيعة ، فلم يثبت فيه خيار لذلك ، ولهذا لم يثبت فيه خيار الشرط ، ولا خيار الرؤية ، والحكم في هذه المسألة ظاهر ؛ لظهور دليله ، وهاء ما ذكره المخالف في مقابلته . (٣)

ثانياً : جهالة أمد خيار المجلس جهالة يقف البيع عليها ، فيكون كبيع الملامسة والمنازمة وكالبيع إلى أجل مجهول فيكون بيعاً فاسداً . (٤)

(1) المغني ج ١٠/١١، ١٢ .

(2) المصدر السابق ؛ والمتقى للباقي ج ٥٥/٥ .

(3) المغني ج ١٢/٦ .

(4) مواهب الجليل ج ٤/٣١٠ ط أولى السعادة .

ونوقش : أن الخيار الثابت شرعاً لا يضر جهالة زمنه ، كخيار الرد بالعيب والأخذ بالشفعة ، بخلاف خيار الشرط ، فإنه يتعلق بشرطهما فاشترط بيانه . (١)

القول الثاني : ذهب إليه الحنابلة حيث أثبتوا خيار المجلس في الإجارة مطلقاً :-

قال في الإنصاف : يثبت خيار المجلس في الإجارة مطلقاً على الصحيح من المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب . (٢)

واستدلوا لمذهبهم بالأثر والنظر :-

أما الأثر : حديث ابن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : (إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ، ما لم يتفرقا ، وكانا جميعاً ، أو يخير أحدهما الآخر ، فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك ، فقد وجب البيع ، وإن تفرقا بعد أن تبايعا ، ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع) . (٣)

(١) المجموع ج ٩ / ٢٢٣ .

(٢) الإنصاف ج ٤ / ٣٦٤ .

(٣) أخرجه البخاري في باب إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب البيع برقم ٢١١٢ الفتح ج ٤ / ٣٣٢ .

قال في الشرح الممتع : وكذلك يثبت في الإجارة ؛ لأن الإجارة بيع منافع ، فالرجل إذا أجر آخر بيتاً سنة بمائة ، فقد باع عليه منافع هذا البيت . (١)

مناقشة الأدلة :-

قال في بدائع الصنائع : وأما الحديث فإن ثبت مع كونه في حد الآحاد مخالفاً لظاهر الكتاب ، ! فالخيار المذكور فيه محمول على خيار الرجوع والقبول ما دام في التبائع ، وهو أن البائع إذا قال لغيره : بعت منك كذا فله أن يرجع ما لم يقل المشتري اشتريت ، وللمشتري أن لا يقبل أيضاً ، وإذا قال المشتري اشتريت منك بكذا ، كان له أن يرجع ما لم يقل البائع بعت ، وللبائع أن لا يقبل أيضاً . (٢)

قال في الهداية : والتفرق فيه تفرق الأقوال . (٣)

جواب الحنابلة :-

قال في المغني : فإن قيل : المراد بالتفرق هاهنا التفرق بالأقوال ، كما قال الله تعالى { وما تفرق الذين أوتوا الكتاب... } (سورة البينة آية ٤)

(١) الشرح الممتع ج٨/٢٧ .

(٢) بدائع الصنائع ج٥/٢٢٨ .

(٣) الهداية ج٣/٢١ .

وقال النبي صلى الله عليه وسلم (ستتفرق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة) . (1) أي : بالأقوال والاعتقادات .

قلنا : هذا باطل لوجوه :-

منها : أن اللفظ لا يحتمل ما قالوه ؛ إذ ليس بين المتبايعين تفرق بقول ولا اعتقاد، إنما بينهما اتفاق على الثمن والمبيع بعد الاختلاف فيه .

الثاني : أن هذا يبطل فائدة الحديث ؛ إذ قد علم أنهما بالخيار قبل العقد ، وفي إنشائه وإتمامه ، أو تركه .

الثالث : أنه قال في الحديث : (إذا تباع الرجلان ، فكل واحد منهما بالخيار) فجعل لهما الخيار بعد تبايعهما ، وقال : (وإن تفرقا بعد أن تباعا ، ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع) .

الرابع : أنه يردده تفسير ابن عمر للحديث بفعله ، فإنه كان إذا بايع رجلاً مشى خطوات ؛ ليلزم البيع ، وتفسير أبي برزة له بقوله على مثل قولنا ، وهما راويا الحديث ، وأعلم بمعناه . (2)

القول الثالث : التفصيل ، قال به الشافعية وهو :-

أولاً : إن كانت الإجارة على مدة فلهم فيها وجهان :-

(1) المسند ج ٢/٣٣٢ للإمام أحمد .

(2) المغني ج ٦/١١ .

الأول : أنه لا يثبت فيها ؛ لئلا يتلف جزء من المعقود عليه لا في
مقابلة العوض . (١)

الثاني : يثبت ؛ لأن لكل واحد منهما إسقاطه فيتجاوز فيه .
ثانياً : إن كانت في الذمة ففيها وجهان أيضاً .

الأول : أنه لا يثبت فيها ؛ لكونها على معدوم وهو المنفعة ، عقد غرر
والخيار غرر ، فلا يجتمعان . (٢)
الثاني : أنه يثبت فيها كالسلم . (٣)

المناقشة :-

قال في نهاية المحتاج : ويفرق بين إجارة الذمة والسلم ، بأنه يسمى بيعاً
بخلافها ، وبأن المعقود عليه يتصور وجوده في الخارج غير فائت منه
شيء بمضي الزمن ، فكان أقوى وأدفع للغرر منه في إجارة الذمة . (١)

(١) نهاية المحتاج ج ٤/٦ ، ٧ ط دار الكتب العلمية .

(٢) المصدر السابق .

(٣) روضة الطالبين ج ٣/٤٣٦ .

القول الراجح :-

الذي يترجح لدي بعد النظر في الأدلة هو ثبوت خيار المجلس في
الإجارة كما هو ثابت في البيع وذلك للآتي :-

١- صحة أدلة القائلين بثبوت خيار المجلس ، وكما أنها صحيحة فهي
صريحة ، لا وجه لتأويلها .

٢- ضعف أدلة القائلين بعدم ثبوت خيار المجلس .

٣- كما أن حاجة الناس تتطلب القول بثبوت خيار المجلس والعمل به ؛
لأنه يمنح الفرصة للنظر والتروي ، واختيار الأصلح ، والله أعلم .



الفصل السابع

في انتهاء إجارة الأرض للزرع أو الغرس

وفيه مبحثان

المبحث الأول : في انتهاء عقد الإجارة بالموت . وفيه مطلب في

حالة موت أحد المتعاقدين وفي الأرض زرع .

المبحث الثاني : في انتهاء عقد إجارة الأرض للزرع أو الغرس

بالأعذار .

المبحث الأول : في انتهاء الإجارة بالموت ، وفيه قولان :-
القول الأول : ذهب الحنفية إلى أن عقد الإجارة ينتهي بموت أحد المتعاقدين . (١)

واستدلوا على ذلك بالنظر :-

أولاً : الإجارة عندنا تنعقد ساعة فساعة ، على حسب حدوث المنافع شيئاً فشيئاً ، وإذا كان كذلك فما يحدث من المنافع في يد الوارث لم يملكها المورث لعدمها ، والمملك صفة الوجود لا المعدوم ، فلا يملكها الوارث ، إذ الوارث إنما يملك ما كان على ملك المورث ، فما لم يملكه يستحيل وراثته . (٢)

ثانياً : ولأن العقد اقتضى استحقاق الأجرة من ماله ، فلو بقينا الإجارة بعد موته استحققت الأجرة من ملك الغير ، وإن كان المؤجر هو الذي مات ، فلو بقينا الإجارة بعد موته استوفيت المنافع من ملك غيره ، وهذا لا يجوز . (٣)

ثالثاً : ولأن الإجارة كغيرها من عقود المنافع ، تبطل بموت العاقد كالنكاح ، والمضاربة ، والوكالة . (٤)

(١) حاشية ابن عابدين ج ٦/ ٨٣ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٦/ ٢٦٧٢ .

(٣) الجوهرة النيرة على مختصر القلوري ج ١/ ٣٣٢ .

(٤) الحاوي الكبير للماوردي ج ٧/ ٤٠١ .

رابعاً : ولأن الإجارة تفتقر إلى مؤجر ومؤجر ، فلما بطلت بتلف المؤجر بطلت بتلف المؤجر .

خامساً : ولأن منافع الإجارة إما تستوفي بالعقد والملك ، وقد زال ملك المؤجر بالموت ، وإن كان عاقداً ، والوارث لا عقد عليه ، وإن صار مالكا ، فصارت منتقلة عن العاقد إلى من ليس بعاقد ، فوجب أن تبطل لتنافي اجتماع العقد والملك .

سادساً : ولأن زوال ملك المؤجر عن رقبة المؤاجرة يوجب فسخ الإجارة ، قياساً عليه إذا باع ما أجره برضى المستأجر . (١)

القول الثاني : ذهب جمهور العلماء إلى أن عقد الإجارة لا ينتهي بموت أحد المتعاقدين . (٢)

واستدل الجمهور بما يلي :-

أولاً : أن ما لزم من عقود المعاوضات المحضة لم ينفسخ بموت أحد المتعاقدين كالبيع .

(١) رابعاً وخامساً وسادساً من الحاوي الكبير للماوردي ج٤/٧٠ باختصار .

(٢) أسهل المدارك ج٣٢١/٢ ؛ والحاوي ج٤٠٠/٧ ؛ والإنصاف ج٦٤/٦ .

فإن قيل : ينتقض بموت من أجر نفسه ، لم يصح ؛ لأن العقد إنما يطل بتلف المعقود عليه ، لا بموت العاقد ، ألا تراه لو كان حياً فمرض بطلت الإجارة ، وإن كان العاقد حياً ؛ لأن السيد قد يعاوض على بضع أمته بعقد النكاح ، كما يعاوض على خدمتها بعقد الإجارة ، فلما لم يكن موته مبطلاً للعقد على بضعها ، لم يطل بالعقد على استخدامها .

ثانياً : ولأن بالموت يعجز عن إقباض ما استحق تسليمه بعقد الإجارة فلم يطل به العقد كالجنون والزمانة .

ثالثاً : ولأنه عقد لا يطل بالجنون فلم يطل بالموت كالبيع .

رابعاً : ولأن منافع الأعيان مع بقاء ملكها قد تستحق بالرهن تارة ، وبالإجارة أخرى ، فلما كان ما تستحق منفعة ارتقائه إذا انتقل ملكه بالموت لم يوجب بطلان رهنه ، وجب أن يكون ما استحققت منفعته بالإجارة إذا انتقل ملكه بالموت لم يوجب بطلان إجارته .

خامساً : ولأن الوارث إنما يملك بالإرث ما كان يملكه الموروث ، والموروث إنما كان يملك الرقبة دون المنفعة ، فلم يجز أن يصير الوارث مالكا للرقبة والمنفعة .^(١)

(1) الفقرات الخمس من الحاوي الكبير ج ٧/٤٠١ باختصار .

سادساً: ولأن إجارة الوقف لا تبطل بموت مؤجره .
وتحريره قياساً : أنه عقد إجارة يمكن استيفاء المنفعة فيه ، فوجب أن لا تبطل بموت مؤجره كالوقف . (١)

جواب الجمهور عن أدلة الحنفية :-

أولاً: الجواب عن قياسه على النكاح والمضاربة ، مع انتقاضه بالوقف هو : أنه إن رده إلى النكاح فالنكاح لم يبطل بالموت ، وإنما انقضت مدته بالموت فصار كأنقضاء مدة الإجارة ، وإن رده إلى المضاربة والوكالة فالمعنى فيها عدم لزومها في حال الحياة ، وجواز فسخها بغير عذر ، وليست الإجارة كذلك للزومها في حال الحياة .

ثانياً: وأما الجواب عن قياسه على انهدام الدار فهو : أن المعنى فيه فوات المعقود عليه قبل قبضه .

ثالثاً: وأما الجواب عن قياسه على ما إذا باع ما أجز برضى المستأجر فهو غير مسلم الأصل ؛ لأن الإجارة لا تبطل بالبيع عن رضاه ، كما لا تبطل بالبيع عن سخطه ، وإنما البيع مختلف في إبطاله ، ثم ينتقض على أصله بعقود العبد المؤجر ، قد زال ملك سيده عن رقبته مع بقاء الإجارة عليها ، فكذلك إذا زال ملكه بالبيع والموت . (٢)

(١) المصدر السابق ج٧/٤٠٢ باختصار .

(٢) الفقرات الثلاث من المصدر السابق ج ٧ / ٤٠٢ .

رابعاً : وأما الجواب عن استدلاله بأن المنافع تستوفى بعقد وملك ، وهذا مفترق بالموت : فهو أن اجتماعها يعتبر عند العقد ولا يعتبر فيما بعد ، كما لو اعتق أو باع ، ولا يمتنع أن يستوفى من يد الوارث ، ما لم يعاقد عليه ، كما يستوفى منه ثمن ما اشتراه الموروث ، ويقبض منه أعيان ما باعه الموروث ؛ لأن الموروث قد ملك عليه ذلك وبعقده ، فلم يملكه الوارث بموته . (١)

القول الرابع :-

الذي يترجح لدي ، بعد النظر في أدلة القولين هو قول الجمهور لقوة أدلتهم ، ولجوابهم عن أدلة القول الأول بما لا يندفع .



(١) الحاوي الكبير ج٧/٤٠١ .

مطلب : لو مات أحد المتعاقدين وفي الأرض زرع .

لو مات أحد المتعاقدين وفي الأرض زرع لم يستحصد فللمستأجر ، أو ورثته أن يدعوا ذلك في الأرض ، ويكون عليهم ماسمي من الأجرة . ولا يشبه هذا إذا انقضت المدة وفي الأرض زرع لم يستحصد ، فإن الزرع يترك ويجب أجرة المثل ؛ لأن البذل لما وجب ولا تسمية في هذه المدة ، لم يكن إلا أجرة المثل . (١)

قوله : لو مات أحد المتعاقدين .

أقول : لأن المدة مملوكة بالعقد ، وليس شرطاً في العقد استمرار حياة المتعاقدين ، حتى لو مات المتعاقدان فللورثة الاستمرار وعليهم المسمى .



(1) الجوهرة النيرة ج ١/ ٣٣٢ .

المبحث الثاني : في انتهاء عقد إجارة الأرض للزرع أو الغرس بالأعذار.

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين :-

أولاً : ضابط العذر :-

العذر : هو عجز أحد العاقلين عن المضي في موجهه ، إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد ، أي : بنفس العقد ، كمن استأجر رجلاً لقلع ضرره فسكن الوجع . (١)

ومثل ذلك : أن يكتري للحج فتضيع نفقته ، أو يكتري دكاناً يبيع فيه متاعه فيحترق متاعه . (٢)

ومثل ذلك : انقطاع ماء الأرض ، أو ذهاب نفقة الزرع ، وفي حالة سرقة بذر المستأجر ، أو فساد بذره ، أو مرض المستأجر حتى بقي من مدة الإجارة وقت لا يكفي لتمام الزرع ، ونحو ذلك . (٣)

(١) البحر الرائق ج٨/٤٢ .

(٢) كشاف القناع ج٤/٢٩ .

(٣) المصدر السابق .

أقول : ما جاء في هذا الضابط مبناه على القاعدة المعروفة الضرر يزال ، وحيث سكن الألم عن المريض ، فإن العقد لا محل له ، والمحالّ شروط عند العلماء ، وبه يعلم أن قول الفقهاء : المحالّ شروط ، قاعدة فقهية ، يمكن صياغتها بما يلي :-

المحالّ شروط في العقود .

المحل شرط في العقد .

وأما نفقة الحج ، واحتراق المتاع ، وانقطاع الماء ، أو فساد البذر ، فليست محلاً للعقد ، وإنما هي من لوازم المحل ، فاعتبر عدمها كعدمه ، في هذه الصور .

ثانياً : اختلف العلماء في المسألة على قولين :-

القول الأول : ذهب الحنفية إلى أن عقد الإجارة ينتهي بالأعذار الظاهرة مع السلامة من العيوب .

قالوا : كمن آجر دكاناً فأفلس ، ولزمته ديون لا يقدر على قضائها إلا من ثمن ما آجر ، فسخ القاضي العقد وباعها في الدين . (١)

(١) الجوهرة النيرة ج ١ / ٣٣٢ .

واستدلوا بالنظر :-

أولاً : أن المنافع غير مقبوضة ، وهي العقود عليها ، فصار العذر في الإجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به . (١)

ثانياً : ولأن في الجري على موجب العقد إلزام ضرر زائد ، لم يستحق بالعقد وهو الحبس ؛ لأنه قد لا يصدق على عدم مال آخر .

ثالثاً : ولأن الأعدار لها تأثير في عقود الإجازات ، قالوا : كمن استأجر رجلاً ليقلع ضرسه لوجع ، ثم زال الوجع ، أو استأجر إنساناً ليتخذ وليمة العرس فماتت العروس ، أو استأجر رجلاً ليقطع يده لآكلة وقعت بها ثم برأت ، فإنه لا يجبر المستأجر على قلع الضرس ، واتخاذ الوليمة ، وقطع اليد لا محالة وكذا الباقي . (٢)

رابعاً : قياس ذهاب مابه تستوفي المنفعة ، على ذهاب العين التي فيها المنفعة . (٣)

خامساً : ولأن عقود المنافع لا تلزم من الطرفين كالوكالة . (٤)

(١) الهداية مع تكملة فتح القدير ج ١٤٧/٩ .

(٢) العناية على الهداية مع تكملة فتح القدير ج ١٤٧/٩ .

(٣) بداية المجتهد ج ٢/٢٣٠ .

(٤) الفقرة الثانية والخامسة من الحاوي الكبير ج ٣٩٣/٧ .

القول الثاني : وذهب جمهور العلماء إلى أن عقد الإجارة لا ينتهي بالأعذار . (١)

واستدلوا بالأثر والنظر :-

أما الأثر : فقوله تعالى { يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود } (سورة المائدة آية ١)

فكان عموم هذا الأمر يوجب الوفاء بكل عقد ، ما لم يقدّم دليل يخصصه . (٢)

وأما النظر :-

أولاً : لأنها عقد لا يجوز فسخه بغير عذر ، فلم يجز لعذر من غير المعقود عليه كالبيع ، بخلاف الإباق ، فإنه عذر في المعقود عليه . (٣)

ثانياً : ولأنه لو جاز فسخه لعذر المكتري لجاز لعذر المكري ، تسوية بين المتعاقدين ، ودفعاً للضرر عن واحد من العاقدين ، ولم يجز ثم ، فلم يجز هاهنا . (٤)

(١) قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية ص ٢٨٢ ؛ والحاوي الكبير ج ٧/٣٩٣ ؛
وكشاف القناع ج ٤/٢٩ .

(٢) مطالب أولي النهى ج ٣/٦٦١ .

ثالثاً : ولأن كل عقد لزم العاقدین مع سلامة الأحوال ، لزمهما ما لم يحدث بالعوضین نقص كالبيع . (١)

رابعاً : ولأن العقود نوعان :-

- ١- لازمة فلا يجوز فسخها لعذر كالبيع .
- ٢- وغير لازمة فيجوز فسخها لغیر عذر كالقراض ، فلما لم يكن عقد الإجارة ملحقاً بغیر اللازم في جواز فسخه بغیر عذر ، وجب أن يكون ملحقاً باللازم في إبطال فسخه بعذر . (١)

جواب الجمهور عن أدلة الحنفية :-

أولاً : الجواب عن قياسه على الوكالة : هو أن الوكالة غير لازمة يجوز فسخها بعذر وغير عذر ، وليس كذلك الإجارة . (٢)

ثانياً : وأما استدلاله بأن للأعذار تأثيراً في عقود الإجازات ، كالضرس المستأجر على قلعه إذا برأ ...

(١) الحاوي الكبير ج ٧/٣٩٣ ، ٣٩٤ .

(٢) قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية ص ٢٨٢ ؛ والحاوي الكبير ج ٧/٣٩٣ ؛ وكشاف القناع ج ٤/٢٩ .

فالجواب عنه : هو أن من ملك منفعة بعقد إجارة فقد استحقها ،
وليس يجب عليه استيفائها ، ألا ترى أن من استأجر سكنى دار فله أن
يسكنها ولا يجبر على سكنها ، فإن مكن من سكنها فلم يسكن
فعليه الأجرة ، هذا أصل مقرر في الإجارة ، وإذا كان كذلك فإن كان
الضرر على حال مرضه وألمه فقلعه مباح ، وللمستأجر أن يأخذ الأجير
بقلعه إن شاء ، فإن أبي المستأجر أن يقلعه مع ألمه ، لم يجبر عليه وقيل
له : قد بذل لك الأجير القلع وأنت ممتنع ، فإذا مضت مدة يمكن فيها
قلعه فقد استحق أجرته ، كما لو مضت مدة السكنى ، وإن برأ الضرر
في الحال قبل إمكان القلع بطلت الإجارة ؛ لأن قلعه قد حرم ، وعقد
الإجارة إنما يتناول مباحاً لا محظوراً ، فصار محل العمل معدوماً ،
[والمحالّ شروط عند جميع العلماء] فلذلك بطلت الإجارة كما لو
استأجره لخياطة ثوب فتلف ، إذ لا فرق بين تعذر العمل بالتلف وبين
تعذره بالخطر .^(١)

(١) الحاوي الكبير ج ٧ / ٣٩٣ .

القول الراجع :-

الذي يترجح لدي بعد النظر في الأدلة ، والمناقشة ، هو قول الجمهور ، وذلك لما يأتي :-

- ١- قوة أدلة الجمهور .
- ٢- الجواب عن أدلة الحنفية ، بما يكفي ويقنع .
- ٣- ما تناوله عموم الكتاب ، أقوى من القياس مع الفارق .

ويمكن أن يقال : أن إقالة العقد وفسخه بالأعذار له حظه من النظر ، من حيث أن فيه مراعاة للعائد وتيسيراً ، وهذا من مقاصد الشريعة ، فيندرج تحت قاعدة : المشقة تجلب التيسير ، من هذا الوجه أرى أن قول الحنفية فيه قوة ووجاهة .



الفصل الثامن

في الضمان بعد إجارة الأرض للزرع أو الغرس
وفيه مبحثان في كل مبحث مطلب .

المبحث الأول : في حالة إطلاق العقد هل يلزم المؤجر ضمان الغرس إذا
اختار قلعه ؟

وفيه مطلب في الخيارات التي تلزم صاحب الأرض .

المبحث الثاني : في ضمان المستأجر لمنفعة الأرض ، إذا وقعت بعقد
فاسد .

وفيه مطلب في لزوم المستأجر تسوية الأرض .

المبحث الأول : في حالة إطلاق العقد هل يلزم المؤجر ضمان الغرس إذا اختار قلعه .

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين .

القول الأول : مذهب الشافعية والحنابلة أنه يلزمه الضمان . (١)
واستدلوا بالأثر والنظر :-

أما الأثر : فقوله عليه الصلاة والسلام (ليس لعرق ظالم حق) . (٢)
مفهومه أن ما ليس بظالم له حق ، وهذا ليس بظالم . (٣)

وأما النظر :-

أولاً : لأنه غرس بإذن المالك ، ولم يشترط قلعه ؛ فلم يجبر على القلع من غير ضمان النقص ، كما لو استعار منه أرضاً للغرس مدة فرجع قبل انقضائها . (٣)

ثانياً : ولأن فيه جمعاً بين الحقين وإزالة ضرر المالكين . (٤)

(١) روضة الطالبين ج٥/٢١٥ ؛ وشرح منتهى الإرادات ج٢/٣٨١ .

(٢) أخرجه الدار قطني في كتاب البيوع عن عروة ج٣/٣٦ .

(٣) المغني لابن قدامة ج٨/٦٧ .

(٤) شرح منتهى الإرادات ج٢/٣٨١ .

القول الثاني : وذهب المالكية والحنفية إلى أن المستأجر عليه القلع ولا يلزم المؤجر ضمان نقص الغرس . (١)

واستدلوا بالنظر :-

قالوا : لأن تقدير المدة في الإجارة ، يقتضي تفريغها عند انقضائها كما لو استأجرها للزراع . (٢)

مناقشة دليل القول الثاني :-

الغرس يخالف الزرع فإنه لا يقتضي التأييد ، فإن قيل : فإن كان إطلاق العقد في الغرس يقتضي التأييد ، فشرط القلع مقتضى العقد فينبغي أن يفسده .

قلنا : إنما اقتضى التأييد من حيث إن العادة في الغراس التبقية ، فإذا أطلقه حمل على العادة ، وإذا شرط خلافه جاز ، كما إذا باع بغير نقد البلد ، أو شرط في الإجارة شرطاً يخالف العادة . (٣)

(١) اسهل المدارك ج ٢ / ٣٣٢ ؛ الجوهرية النيرة ج ١ / ٣١٩ ؛ البحر الرائق ج ٧ / ٣٠٦ .

(٢) المغني ج ٨ / ٦٧ .

(٣) المغني ج ٨ / ٦٧ ؛ روضة الطالبين ج ٥ / ٢١٥ .

القول الراجع :-

الذي يترجح عندي بعد نظر أدلة القولين ، هو القول الأول القائل بالضمان ؛ للأسباب التالية :-

- ١- قوة أدلة القائلين بالضمان .
- ٢- الجواب الكافي عن أدلة القول الثاني .
- ٣- ولأنه لما ضمن المنفعة ، ضمن ما يترتب عليها ، فيكون القول الراجع مندرجاً تحت فروع القاعدة : يثبت تبعاً مالا يثبت استقلالاً ، والله أعلم .



مطلب في الخيارات التي تلزم صاحب الأرض :-

قال في المغني : إذا ثبت هذا فإن رب الأرض يخير بين ثلاثة أشياء :-

أحدها : أن يدفع قيمة الغراس والبناء فيملكه مع أرضه .

والثاني : أن يقلع الغرس والبناء ويضمن أرش نقصه .

والثالث : أن يقر الغرس والبناء ويأخذ منه أجر المثل .^(١)

قال في إرشاد السالك : وفي انقضاء مدة الغرس يخير ربها بين خلعه

وأخذه بقيمته مقلوعاً ، أو تركه بأجرها . (٢)

قال في المغني : وقال مالك : يخير بين دفع قيمته فيملكه ، وبين مطالبته

بالقلع من غير ضمان ، وبين تركه فيكونان شريكين ، وليس بصحيح ؛

لأن الغراس ملك لغارسه ، لم يدفع إليه عنه عوض ، ولأرضي بزوال

ملكه عنه فلا يزول عنه .^(١)

ويناقش كلام ابن قدامة : بأن العوض ، هو وجود الغرس ، بعد انتهاء

مدة الإجارة ، في ملك صاحب الأرض ، فالشركة أوجبها ارتباط

الغرس بأرض المؤجر .

(١) المغني ج ٨/ ٦٧ .

(٢) أسهل المدارك ج ٢/ ٣٣٢ .

المبحث الثاني : في ضمان المستأجر لمنفعة الأرض ، إذا وقعت بعقد فاسد .

تحرير محل النزاع :-

إذا قبض المستأجر الأرض أو الدار بعقد صحيح ، فمنافعهما مضمونة عليه مطلقاً ، سواء تصرف فيه أم لم يتصرف ، هذا لا خلاف فيه بين العلماء ، لكن ما قبضه المستأجر بعقد غير صحيح ، بل بعقد فاسد فهل منافعهما مضمونة عليه ؟ اختلف أهل العلم في ذلك على قولين :-

القول الأول : ذهب جمهور أهل العلم إلى أن منافعها مضمونة مطلقاً سواء تصرف المستأجر أم لم يتصرف وعليه أجرة المثل . (١)
واستدلوا بالنظر :-

أولاً : أنها منافع يضمنها في العقد الصحيح فوجب أن يضمنها في العقد الفاسد ، وإن لم يتصرف . (٢)
ثانياً : ولأن المنافع تلفت تحت يده بعوض لم يسلم للمؤجر ؛ فرجع إلى قيمتها كما لو استوفاه . (٣)

(١) قوانين الأحكام الشرعية ص ٢٨٣ ؛ والحاوي ج ٧/٤٦٩ ؛ وكشاف القناع ج ٤/٤٦ .

(٢) الحاوي الكبير ج ٧/٤٦٩ .

(٣) كشاف القناع ج ٤/٤٦ .

ثالثاً : ولأن المنافع جارية مجرى الأعيان في المعاوضة والإباحة ، ثم ثبت أن ما قبض من الأعيان عن عقد فاسد فهو مضمون عليه ، سواء تلف بتصرفه أو غير تصرفه كالعقد الصحيح ، وجب أن تكون المنافع إذا تلفت مضمونة في العقد الفاسد كضمانها في العقد الصحيح . (١)

القول الثاني : وذهب الحنفية إلى أن ضمان منفعة الإجارة في العقد الفاسد يصح في حالة تصرف المستأجر فقط ، وعليه أجره المثل ، وإن لم يتصرف فلا ضمان عليه ، وهذا القول إحدى الروايتين عند الحنابلة . (٢)

قال في الجوهرة النيرة : ثم الأجرة لا تجب في الإجارة الفاسدة بالتخلية بل إنما تجب بحقيقة الانتفاع . (٣)

واستدلوا بالنظر :-

وهو أن التمكن في الإجارة الفاسدة ، لا يوجب الأجر ، ما لم يوجب الاستيفاء حقيقة ، كما في النكاح الفاسد . (٤)

(١) الحاوي الكبير ج ٧ / ٤٦٩ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٥ / ٢٥٦٤ ؛ والكافي لابن قدامة ج ٢ / ٣١٣ .

(٣) الجوهرة النيرة ج ١ / ٣٣١ .

(٤) المبسوط ج ١٦ / ٤٦ بتصرف يسير .

وصاغه في الحاوي قائلاً : لأنه عقد لا يستحق فيه التسليم ، فلم يستحق فيه العوض إلا بالانتفاع ، كالنكاح الفاسد طرداً ، والصحيح عكسا . (١)

جواب الجمهور عن دليل الحنفية :-

الجواب عن قياسه على النكاح الفاسد : هو أنه إن كانت المنكوحة حرة ، فالحرة لم تزل يدها عن نفسها ، ولا عن بضعتها ، فلذلك لم يضمن مهر بضعتها إلا بالتصرف ، وإن كانت أمة فإنه وإن استقر الغصب على منافعها ، فهو غير مستقر على بضعتها ، بل يدها عليه أثبت ؛ ولذلك وجب على الغاصب أجرة مثلها ، استخدم أو لم يستخدم ، ولم يجب عليه مهر مثلها ما لم يستمتع بها ، ولذلك منع سيد الأمة من بيعها إذا غصبت ؛ لأن يد الغاصب حائلة ، ولم يمنع من تزويجها إذا غصبت ؛ لأنه ليس للغاصب على البضع يد حائلة ، والله أعلم ، وأحكم . (٢)

(١) الحاوي الكبير ج٧/٤٦٩ ، ٤٧٠ .

(٢) المصدر السابق ج ٧/٤٧٠ .

الترجيح :-

القول الراجح هو قول الحنفية ، لما يأتي :-

- ١- لأن المعقود عليه ليس تحت يد المستأجر شرعاً ؛ لفساد العقد ، فكيف يضمن الذي ليس له عليه يد ، ولم يتصرف به ، هذا خلاف الأصل .
- ٢- ولأن العقد لم تتجه له إرادة المتعاقدين ، فيكون عقداً باطلاً ، وما بني على الباطل فهو باطل .
- ٣- ولأن التراضي شرط في العقود ، وقد تخلف الرضا في حقيقة الأمر ، فيتخلف المشروط ، وإذا تخلف المشروط تخلفت آثاره .



مطلب في لزوم المستأجر تسوية الأرض :-

قال في المغني : وإن أطلق العقد فللمكتري القلع ؛ لأن الغرس ملكه ، فله أخذه كطعامه من الدار التي باعها ، وإذا قلع فعليه تسوية الحفر . (١)

وفي روضة الطالبين : فإن شرط القلع ... فليس على المالك أرش النقصان ، ولا على المستأجر تسوية الأرض ، ولا أرش نقصها ؛ لتراضيها بالقلع . (٢)

قلت ومفهوم ذلك : أنه في حالة الإطلاق يجب على المستأجر تسوية الحفر ، ويجب على المالك أرش نقصان الغرس .

وقد علل ذلك في المغني قائلاً :-

أولاً : لأنه نقص دخل على ملك غيره بغير إذنه . (١)

ثانياً : ولأنه تصرف في الأرض تصرفاً نقصها ، لم يقتضه عقد الإجارة . (١)

والله أعلم ، والحمد لله رب العالمين .



(١) المغني ج ٦٧/٨ .

(٢) روضة الطالبين ج ٢١٥/٥ .

خاتمة :-

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات ، لا أحصي ثناء عليه ، هو كما أثنى على نفسه ، وصلى الله وسلم على نبينا وإمامنا محمد وعلى آله وصحبه ، أما بعد :-

فقد أمضيت وقتاً بين مصادر الفقه الأصيلة ، حيث أصالة العلم ، وجودة الفهم ، وقوة الأسلوب ، وسلامة العرض ؛ فحضنا بيحورهم الفقهية ، فهم الأكابر المتقدمون ، ونحن المتأخرون ، وما زلنا ننهل من عظيم فوائدهم العلمية ، مستفيدين من مؤلفاتهم وفقههم .

وفي هذا البحث تطرقت إلى أحد المواضيع التي بحثها الفقهاء ، وكان نصيب البحث موضوع إجارة الأرض للزرع أو الغرس ، وتعريفها ، واختلاف العلماء فيها مع شرح التعاريف ، ثم ذكر مشروعيتها مع أدلة المجيزين والمانعين ومناقشة الأدلة ، وهل الإجارة شرعت على وفق القياس أو استقر حكمها على خلافه ؟ وانقسام الجمهور في ذلك على قولين .

ثم ذكرت أركان الإجارة ، وشروطها ، وشرح الأركان ، وشروط الركن ، وذكرت صفة عقد الإجارة ، وخلاف العلماء فيه ومناقشة الرأي المرجوح في ذلك .

ثم فصلت القول في أقسام الأرض ، من حيث وجود الماء وعدمه ، ورجحت ما رأيته راجحاً في نظري في هذه المسألة ، وكذلك في إجارة

الأرض التي لا ماء لها ، والأقسام الأخرى وتشمل الأرض التي لها ماء دائم ، أو نادر ، أو لا وجود له ، أو عكس ذلك وهي الغارقة بالماء ، ثم ذكرت إمكانية زراعة هذا القسم المغمور بالماء .

ثم ذكرت اختلاف العلماء في إجارة الأرض للزراع مطلقاً ، ونقلت بعض نصوصهم موثقة من مصادرها ، وشفعت ذلك بأدلتهم ومناقشة العلماء لها ، ثم اخترت ما ترجح لدي بعد النظر في أدلة الفريقين ، وذكرت سبب الترجيح ، ثم أوردت بعد ذلك مطلباً في حالة ما إذا خير المؤجر المستأجر في زرع ما شاء من أنواع الزروع ، وانقسم العلماء في ذلك على قولين ، وذكر أدلتهم مع الترجيح .

ثم تطرقت إلى ذكر خلاف العلماء في مسألة تأجير الأرض لزراع معين كالحنطة ، مع ذكر الأدلة والمناقشة للقول المرجوح ، ثم اخترت القول الراجح مع ذكر سبب الترجيح .

بعدها بحثت مسألة تأجير الأرض لزراع معين مع اشتراط عدم زرع غيره ، واختلاف الفقهاء في صحة العقد والشرط ، مع ذكر أدلتهم ، واختيار القول الراجح من الأقوال وسبب الترجيح .

ثم تطرقت لمدة إجارة الأرض وهل لهذه المدة حد معين تنتهي إليه ؟ فذكرت أدلة الفريقين وشرحت بعض أدلتهم النظرية على حسب أصولهم ، وذكرت مدة السنة الزراعية ، وذكرت أسباب انتهاء المدة ، وخلاف العلماء حول تأثير هذه الأسباب في إنهاء عقد الإجارة ، ثم

نظرت في الأسباب واخترت ما رأيته راجحاً بالتفصيل ، مع تعليل الرأي المختار .

فكان لا بد بعد ذلك ، من ذكر ما يمكن أن يكون ثمناً لإجارة الأرض وهو عوض منفعتها ، وفصلت مذهب المالكية فيه ، وذكرت قول الجمهور وأدلتهم ، وجوابهم عن رأي المالكية ، وأشارت قبل ذلك في توطئة قصيرة ، إلى اضطراب العلماء في نقل مذاهب السلف في هذه المسألة ، ونقل ذلك عن بعض أهل العلم مع التوثيق ، ثم النظر في المسألة والترجيح .

ولما كان من المحتمل أن يبيع المستأجر ما زرعه ، أو غرسه ، في الأرض المستأجرة ، ذكرت حكم ذلك عند العلماء ، والرأي المرضي مع إسناده بما يقويه .

ثم إنه يتفرع على هذه المسألة تفرع شبه لا مجانسة ، حكم بيع حق الاختصاص ، ووجه الشبه فيه حصول المبادلة ، ووجه عدمية الجنس أنه لا يدخل في نوع المبادلة الصحيحة ، بعد ذكر تعريفه حسب الاجتهاد والطاقة ، وقد اعتمدت في عرض هذا الموضوع على كتاب الولاية والشفعة والإجارة . (١)

(1) انظر إن شئت ص ٣٢٨ من الكتاب المذكور .

ولما كان الكتاب المذكور حسب اطلاعي أوضح عرض من غيره ، لذا ناقشت الأدلة التي ذكرها ، وذكرت الأدلة التي حضرتني في إثبات العكس ، وهو عدم الجواز .

ثم لما كان عقد الإجارة كغيره من العقود ، يحتاج إلى الرضا والتروي والنظر ، ذكرت خلاف العلماء فيما يدخله من خيارات ، مع ذكر الأدلة ، والمناقشة ، والأجوبة والترجيح .

ولما كان لكل شيء نهاية ونقص بعد التمام ، ذكرت انتهاء عقد إجارة الأرض بالموت ، والحكم في حالة وجود زرع في الأرض بعد موت أحد المتعاقدين ، ثم ذكرت تأثير الأعذار على عقد إجارة الأرض ، وما يترتب على هذا التأثير من أثر حكمي أو حقيقي ، مع ذكر الأدلة والأجوبة والترجيح .

ثم إن عقد إجارة الأرض كغيره من العقود ، يقع فيه الضمان على المستأجر لنقص الأرض ، ويقع فيه الضمان على المؤجر أيضاً ؛ للنقص في حالة اختيار قلع الغرس في المدة المطلقة ، فذكرت رأي أهل العلم في ذلك ، مع ما ذكره من الاختيارات التي تلزم صاحب الأرض .

ثم ذكرت ضمان المستأجر لمنفعة الأرض إذا استوفاه بعقد فاسد ، مع تحرير محل النزاع ، وتفصيل المذاهب في ذلك ، ثم اختيار الراجح في

نظري ، مع ذكر سبب الترجيح ، بعد ذلك ذكرت مسألة تسوية الأرض بعد قلع الغرس ، وشرط ذلك مع التعليل ، والله أعلم وأحكم .

فوائد عامة :-

- ١- المطالعة في أمهات كتب المذاهب ، عظيمة الفائدة ، والبركة .
- ٢- معرفة مقدار الجهد العظيم ، الذي بذله العلماء ، في تدوين وشرح أحكام الشريعة .
- ٣- الخلاف الوارد حول بعض الأحكام ، يدل على يسر الشريعة الإسلامية ، حيث جعلت مجالاً للاختيار ، والاجتهاد ، والتنوع ، وهذا يدل على مرونتها ، وصلاحياتها لكل زمان ، ومكان .
- ٤- أن الفقه الإسلامي أعظم ثروة فكرية ، تتوارثها أمة من الأمم ؛ لما فيه من النظم والقواعد ، والضوابط ، التي لا مثيل لها في الثقافات الأرضية .
- ٥- أن من أهم خصائص الفقه الإسلامي ، حصانته ، وتحريم الخوض فيه لغير المختصين ، وعدم قابليته للتقنين ، من قبل أفكار ملوثة بثقافات ونظريات الغرب ، أو الشرق ؛ لأن الفقه الإسلامي لا شرقي ولا غربي ، نوره يضيء بأدلة الكتاب والسنة ، صالحة لكل زمان ، ومكان ، وتقنينها

يجعلها نصوصاً جامدةً ، لا تخدم الإنسان حيث ما كان ،
وأين ما كان ، كما يفقدها مرونتها عند النوازل ، وهذا
يقضي على خاصية أزلية الشريعة الإسلامية .

- ٦- الثبات ، والشمول ، والصلاحية ، في جميع أحكام الشريعة .
- ٧- في عرض المسائل الفقهية ، ونقاشها وأجوبتها ، وردودها ،
أعظم الأثر في تربية ملكة الاستدلال ، والنظر ، والمناقشة ،
والأجوبة ، وفيها رياضة ذهنية ، ومتعة عقلية ، يعرفها من
مارس هذا الفن .

وأخيراً أحمد الله حمداً وثناءً يليق بجلال وجهه ، ومجده
سلطانه ، على نعمه الظاهرة والباطنة ، وعلى إحسانه فله
الحمد .

كتبه أبو عبد الرحمن
جار الله بن عبد الرحمن الخطيب
١٤١٧/١١/٦ هـ

قائمة المراجع :-

| | |
|-------------------------------|----------------------------------|
| ١- القرآن الكريم | ١٨- المغني ، لابن قدامة |
| ٢- صحيح البخاري | ١٩- مطالب أولي النهى |
| ٣- صحيح مسلم شرح النووي | ٢٠- إعلام الموقعين ، لابن القيم |
| ٤- فتح الباري ، لابن حجر | ٢١- الخرشى على مختصر خليل |
| ٥- القاموس المحيط | ٢٢- روضة الطالبين ، للنووي |
| ٦- المصباح المنير | ٢٣- شرح منتهى الإرادات |
| ٧- الإحكام في أصول الإحكام | ٢٤- أسهل المدارك |
| ٨- إرشاد الفحول ، للشوكاني | ٢٥- الكافي ، لابن قدامة |
| ٩- لسان العرب ، لابن منظور | ٢٦- نصيحة المرابط |
| ١٠- البحر الرائق | ٢٧- المجموع شرح المذهب |
| ١١- الجوهرة النيرة ، للقُدوري | ٢٨- بداية المجتهد ونهاية المقتصد |
| ١٢- بلغة السالك | ٢٩- عقد الإجارة في الشريعة |
| ١٣- زاد المحتاج شرح المنهاج | ٣٠- منح الجليل |
| ١٤- تحفة الطلاب | ٣١- العناية شرح الهداية |
| ١٥- الجامع لأحكام القرآن | ٣٢- المدونة ، في فقه الإمام مالك |
| ١٦- بدائع الصنائع ، للكاساني | ٣٣- الإنصاف ، للمرداوي |
| ١٧- الحاوي الكبير ، للماوردي | ٣٤- البهجة في شرح التحفة |

| | |
|------------------------------|----------------------|
| ٣٥- كشف القناع | ٥٢- نهاية المحتاج |
| ٣٦- نيل الأوطار ، للشوكاني | ٥٣- حاشية ابن عابدين |
| ٣٧- فتح الرحيم | ٥٤- المبسوط |
| ٣٨- الولاية والشفعة والإجارة | ٥٥- سنن الترمذي |
| ٣٩- تكملة فتح القدير | |
| ٤٠- الفقه الإسلامي ، لوهبة | |
| ٤١- سنن الدارقطني | |
| ٤٢- الشرح الممتع ، للعثيمين | |
| ٤٣- قوانين الأحكام الشرعية | |
| ٤٤- المحلى ، لابن حزم | |
| ٤٥- سنن أبي داود | |
| ٤٦- موطأ الإمام مالك بن أنس | |
| ٤٧- سنن البيهقي الكبرى | |
| ٤٨- المنتقى ، للباجي | |
| ٤٩- مواهب الجليل | |
| ٥٠- الهداية | |
| ٥١- مسند الإمام أحمد | |

الفهرس العامة

فهرس الآيات من القرآن الكريم

فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

فهرس الآثار

فهرس الموضوعات

فهرس الآيات من القرآن الكريم

| الآية | السورة | رقم الآية | ص |
|---------------------------------------|---------|-----------|-----|
| والله خلقكم وما تعملون | الصفات | ٩٦ | ١٢٥ |
| خالق كل شيء | الأنعام | ١٠٢ | ١٢٥ |
| قل كونوا حجارة أو حديد | الإسراء | ٥٠ | ١٢٥ |
| فإن أرضعن لكم | الطلاق | ٦ | ١٣٦ |
| قالت إحدهما يا أبت استأجره | القصص | ٢٦ | ١٣٦ |
| فوجدنا فيها جدارا | الكهف | ٧٧ | ١٣٧ |
| إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم | النساء | ٢٩ | ١٤٨ |
| قال إني أريد أن أنكحك | القصص | ٢٧ | ١٨٠ |
| يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود | المائدة | ١ | ١٩٩ |
| يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم | النساء | ٢٩ | ٢١١ |
| وماتفرق الذين أوتوا الكتاب | البينة | ٤ | ٢١٨ |

فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

| الحديث | ص |
|--|-----|
| من يرد الله به خيرا | ١١٤ |
| نهى عن المزارعة وأمر بالمؤاجرة | ١٣٧ |
| نهى رسول الله عن بيع الحصاة والغرر | ١٣٨ |
| نهانا أن نحافل بالأرض فنكرها على الثلث | ١٩٠ |
| ستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة | ١١٨ |
| نهى عن بيع الغرر | ٢٠٦ |
| من اشترى شيئا لم يره | ٢٠٧ |
| المتبايعان بالخيار | ٢١٢ |
| أبما يبيعان تبايعا | ٢١٣ |
| إذا تبايع الرجلان | ٢١٦ |
| ليس لعرق ظالم حق | ٢٣٦ |

فهرس الآثار

| ص | الأثر |
|-----|------------------------------------|
| ١٣٧ | استأجر النبي عليه السلام وأبو بكر |
| ١٨٠ | ما كنت أراها إلا له من طول ما مكثت |
| ١٩٠ | كنا نحافل بالأرض |
| ١٩٠ | كنا نحافل الأرض على عهد رسول الله |
| ١٩٠ | فهانا رسول الله عن أمر كان لنا |
| ١٩١ | كان الناس يؤاجرون على الماذيانات |
| ٢١٤ | البيع صفقة أو خيار |

| | |
|---------------------------------------|-----|
| المقدمة | ١١٤ |
| التمهيد | ١٢٣ |
| الحكم في اصطلاح الأصوليين | ١٢٥ |
| المعنى الجملي لعنوان البحث | ١٢٦ |
| تعريف الإجارة لغة وشرعاً | ١٢٨ |
| مناقشة تعاريف عقد الإجارة | ١٣٣ |
| مشروعية عقد الإجارة | ١٣٦ |
| هل الإجارة شرعت على وفق القياس | ١٤١ |
| الفرق بين القولين وثمرة الخلاف | ١٤٥ |
| أركان وشروط الإجارة | ١٤٦ |
| شرح الباحث لشرائط ركن الإجارة | ١٤٧ |
| شروط إجارة الأرض للزرع أو الغرس | ١٥١ |
| صفة عقد الإجارة | ١٥٤ |

الفصل الأول:-

في أقسام الأرض المؤجرة للغرس أو الزرع
من حيث وجود الماء وعدمه .

وفيه ثلاثة مباحث:-

المبحث الأول :إجارة الأرض التي تشرب من زيادة معتادة.....١٥٧

المبحث الثاني : في إجارة الأرض التي لا ماء لها.....١٥٩

المبحث الثالث : في ذكر الأقسام الأخرى .

وفيه أربعة مطالب :-

المطلب الأول : أن يكون للأرض ماء دائم١٦١

المطلب الثاني : أن يكون مجيء الماء نادراً١٦١

المطلب الثالث : في الأرض التي لا ماء لها١٦٢

المطلب الرابع : أن تكون الأرض غارقة بالماء١٦٢

الفصل الثاني:-

في اختيار المستأجر لنوع المزروع .

وفيه ثلاثة مباحث:-

المبحث الأول : في تأجير الأرض للزرع مطلقاً١٦٥

مطلب إذا وقع العقد على أن يزرع مايشاء.....١٦٨

| | |
|---|-----|
| المبحث الثاني : في تأجير الأرض لزرع معين | ١٧٠ |
| المبحث الثالث : في تأجير الأرض لزرع معين ، مع اشتراط عدم زرع غيره | ١٧٢ |
| تحصيل المسألة على القول الراجع | ١٧٥ |

الفصل الثالث:-

في مدة إجارة الأرض للزرع أو الغرس وأسباب انتهاء المدة .

وفيه مبحثان :-

المبحث الأول : في مدة إجارة الأرض للزرع أو الغرس .

| | |
|--|-----|
| وفيه مطلب واحد: في أقل مدة الإجارة وتحديد السنة الزراعية | ١٧٧ |
| شرح تعليل الحنفية | ١٧٨ |
| مطلب في أقل مدة الإجارة | ١٨١ |
| المبحث الثاني : أسباب انتهاء مدة إجارة الأرض وفيها زرع | ١٨٣ |

الفصل الرابع:-

في ثمن إجارة الأرض للزرع أو الغرس

وفيه مبحث واحد : في اختلاف العلماء في المسألة .

| | |
|---------------------------|-----|
| تفصيل مذهب المالكية | ١٨٨ |
|---------------------------|-----|

الفصل الخامس:-

في بيع المستأجر ما زرعه أو غرسه على غير صاحب الأرض
وفيه مبحثان :-

- المبحث الأول : في بيعها لغير صاحب الأرض ١٩٥
مناقشة الباحث لقياس الحنابلة ١٩٦
المبحث الثاني : في حكم بيع حق الاختصاص ١٩٧
تعريف الباحث لحق الاختصاص ١٩٧
مناقشة مشروعية حق الاختصاص ١٩٩

الفصل السادس:-

في دخول الخيارات عقد الإجارة وفيه ثلاثة مباحث :-

- المبحث الأول : في دخول خيار الشرط عقد الإجارة ٢٠٣
المبحث الثاني : في دخول خيار الرؤية عقد الإجارة ٢٠٦
المبحث الثالث: في دخول خيار المجلس عقد الإجارة ٢١٠

الفصل السابع:-

في انتهاء إجارة الأرض للزرع أو الغرس وفيه مبحثان :-

- المبحث الأول : في انتهاء عقد الإجارة بالموت ٢٢٢

| | |
|---|-----|
| وفيه مطلب في حالة موت أحد المتعاقدين وفي الأرض زرع..... | ٢٢٢ |
| المبحث الثاني : في انتهاء عقد إجارة الأرض للزرع أو الغرس ، | |
| بالأعذار | ٢٢٨ |
| قاعدة المحالّ شروط في العقود | ٢٢٩ |

الفصل الثامن:-

| | |
|--|-----|
| في الضمان بعد إجارة الأرض للزرع أو الغرس | |
| وفيه مبحثان في كل مبحث مطلب . | |
| المبحث الأول : في حالة إطلاق العقد . | |
| هل يلزم المؤجر ضمان الغرس إذا اختار قلعه ؟..... | ٢٣٦ |
| وفيه مطلب في الخيارات التي تلزم صاحب الأرض | ٢٣٩ |
| المبحث الثاني : في ضمان المستأجر لمنفعة الأرض ، إذا وقعت بعقد | |
| فاسد | ٢٤٠ |
| وفيه مطلب في لزوم المستأجر تسوية الأرض | ٢٤٤ |



